

2. DERECHO MERCANTIL

LA IMPOSIBLE MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL ABUSIVA EN UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ENTRE ARRENDADOR PROFESIONAL Y ARRENDATARIO CONSUMIDOR, SEGÚN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. LA APLICACIÓN DE ESTA DOCTRINA AL SUPUESTO DE DESISTIMIENTO UNILATERAL AD NUTUM DEL ARRENDATARIO

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2013.—II. UNA APROXIMACIÓN AL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* DEL ARRENDATARIO.—III. LA CLÁUSULA PENAL ANTE EL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* DEL ARRENDATARIO.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2013

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, C-488/2011, Ponente: BERGER, María, número de asunto: C-488/2011 (La Ley 43527/2013), se juzgan los siguientes hechos:

Durante el año 2007, Jahani, sociedad que ejerce a título profesional la actividad de arrendamiento de viviendas, alquiló al señor Asbeek Brusse y a la señora de Man Garabito, quienes actuaban con fines privados, un local destinado a vivienda en Alkmaar (Países Bajos).

El contrato de arrendamiento concluido a ese efecto se basaba en las condiciones generales elaboradas por una asociación de profesionales de la propiedad inmobiliaria, el Raad voor Onroerende Zaken (Cámara de la Propiedad Inmobiliaria).

Esas condiciones generales contenían en particular una cláusula penal así redactada:

«20.1. El arrendatario incurrirá en mora por el mero vencimiento de un plazo determinado.

20.2. En cada caso en que el arrendatario incurra en mora en el pago íntegro y dentro del plazo debido de una cantidad pecuniaria, adeudará un interés mensual del 1 por 100 del importe adeudado como principal desde la fecha de vencimiento hasta la fecha de pago íntegro del principal.

[...]

20.6. El arrendatario deberá abonar al arrendador una pena contractual directamente exigible de 25 euros por cada día natural en virtud del incumplimiento o la

infracción de cualquier obligación derivada del presente contrato y de las condiciones generales anexas, sin perjuicio de su deber de ejecutar la obligación incumplida y sin perjuicio de otros derechos del arrendador a una indemnización por daños y perjuicios o de otra naturaleza [...]».

La renta arrendaticia estipulada en el contrato de arrendamiento ascendía a 875 euros al mes y se elevó a partir del 1 de julio de 2008 a 894,25 euros al mes en virtud de la cláusula de indexación prevista en el contrato. El señor Asbeek Brusse y la señora de Man Garabito no pagaron la suma correspondiente a ese aumento de la renta. Por el mes de febrero de 2009 pagaron 190 euros, y después dejaron de pagar la renta.

En julio de 2009, Jahani demandó judicialmente a los arrendatarios, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento y la condena de los demandados al pago de la cantidad total de 13.897,09 euros, que se desglosa como sigue:

- 5.365,50 euros en concepto de renta arrendaticia;
- 156,67 euros en concepto de intereses contractuales ya vencidos;
- 96,25 euros en concepto de aumento de la renta por indexación;
- 4.525 euros en concepto de pena contractual por impago de la renta arrendaticia;
- 3.800 euros en concepto de pena contractual por impago del aumento de la renta por indexación;
- 658,67 euros por gastos extrajudiciales.

En esas circunstancias el Gerechtshof te Amsterdam decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1. *¿Puede calificarse como vendedor [de bienes] o prestador de servicios en el sentido de la Directiva a un arrendador de viviendas profesional que alquila una vivienda a un particular? ¿Queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva un contrato de arrendamiento entre un arrendador profesional y un arrendatario que no tenga la condición de profesional?*

2. *La circunstancia de que el artículo 6 de la Directiva deba considerarse una norma equivalente a las normas nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público ¿implica que, en un litigio entre particulares, la legislación nacional de transposición relativa a las cláusulas abusivas es de orden público, de suerte que el juez nacional, tanto en primera como en segunda instancia, está facultado y obligado a examinar de oficio (y, por tanto, también ultra petita) si una cláusula contractual se ajusta a la legislación nacional de transposición, y a declarar la nulidad de tal cláusula si llega a la conclusión de que es abusiva?*

3. *¿Se ajusta al efecto útil del Derecho [de la Unión] el hecho de que el juez nacional no excluya la aplicación de una cláusula penal que deba considerarse una cláusula abusiva en el sentido de la Directiva, sino que se limite a moderar el importe de la pena contractual en aplicación de la legislación nacional, si un particular ha invocado la facultad de moderación del juez, pero no la anulabilidad de tal cláusula?»*

Para la comprensión de la cuestión en relación con el Derecho Nacional aplicable, cabe decir que la Directiva ha sido transpuesta en los Países Bajos por la normativa relativa a las condiciones generales de la contratación reco-

gida en los artículos 6:231 a 6:247 del *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil; en lo sucesivo, «BW»).

El artículo 6:233, párrafo primero, letra a) del BW dispone:

«Una cláusula que forma parte de las condiciones generales es anulable:

- a) *si es excesivamente gravosa para la otra parte, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato, el modo en que se han establecido las condiciones, los intereses recíprocos manifiestos de las partes y las demás circunstancias del caso».*

Según el artículo 3:40 del BW, es nulo todo acto contrario a las buenas costumbres, al orden público o a una disposición legal de carácter imperativo. No obstante, en caso de infracción de una disposición dirigida exclusivamente a la protección de una de las partes de un acto multilateral, el acto contrario a ella incurre únicamente en anulabilidad, a menos que se desprenda otra cosa del alcance de la disposición considerada.

En lo referido a las cláusulas penales, el artículo 6:94, apartado 1 del BW establece que el juez está facultado, a instancias del deudor, para moderar el importe de la pena contractual si así lo exigen manifiestamente razones de equidad.

De acuerdo con lo anterior, el fallo de la meritada sentencia del TJUE, es el siguiente:

«1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, a reserva de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas previstas por el Derecho nacional, lo que corresponde comprobar al juez nacional, se aplica a un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador que actúa en el marco de su actividad profesional y un arrendatario que actúa para fines ajenos a su actividad profesional.

2. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

- cuando el juez nacional que conoce de una demanda formulada por un profesional contra un consumidor acerca de la ejecución de un contrato esté facultado, según las normas procesales internas, para examinar de oficio la disconformidad entre la cláusula en la que se fundamenta la demanda y las normas nacionales de orden público, deberá apreciar de oficio de igual manera, una vez haya determinado que dicha cláusula entra en el ámbito de aplicación de esa Directiva, el carácter abusivo en su caso de esa cláusula a la luz de los criterios enunciados en la Directiva;*
- cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, deberá en principio, tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios enunciados por la Directiva.*

3. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor; como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».

En realidad la doctrina que establece esta sentencia del TJUE, es heredera de la que fijara la STJUE, de 14 de junio de 2012 (as. 618/2010), sobre la cual, Carrasco Perera¹ ya razonara que: «La doctrina sólo es incontestable cuando se trata de cláusulas *cuantitativas* susceptibles de reducción parcial, como ocurre con las cláusulas de intereses y las cláusulas penales; por cierto, el artículo 1154 del Código Civil dejaría de aplicarse entonces a las relaciones de consumo, y el juez carecería de facultad de moderación de la pena cuando la cláusula penal se hubiera pactado en condiciones generales, no en otro caso».

Las críticas a las conclusiones de la abogado general Trstenjak, que fueron asumidas por la citada sentencia del TJUE, de 14 de junio de 2012, también fueron realizadas por Alfaro² de la siguiente forma:

«Ahora bien, una cosa es rechazar la reducción conservadora de la validez de las cláusulas que el contrato que incluye condiciones generales abusivas y otra cosa decir que el Juez no debe integrar el contrato. Muy al contrario. Viene obligado por la Ley a hacerlo. Piénsese en una cláusula que establece un plazo de entrega del producto al consumidor muy largo, excesivo. Si anulamos la cláusula, ¿no hay plazo de entrega? O una cláusula que limite la garantía a quince días. Una vez eliminada, ¿a qué garantía tiene derecho el comprador? Naturalmente, a la de la Ley. Una cláusula dice que el comprador de un coche no tiene derecho a que se lo entreguen con ruedas. Eliminada la cláusula, ¿a qué tiene derecho el consumidor? Obviamente, a un coche con ruedas, porque eso es lo usual cuando uno compra un coche.

Eso es lo que dispone el artículo 10.2 LCGC (es reproducción del párrafo 306 BGB) y lo mismo que dispone el artículo 83 LCU. Lo que pasa es que la integración del contrato (rellenar la «laguna» que deja la cláusula declarada nula) ha de hacerse aplicando el Derecho supletorio, los usos o la buena fe (lo que dos contratantes honrados habrían pactado si hubieran previsto la cuestión), o sea, como dicen el artículo 10.2 LCGC y el artículo 83 LCGC, aplicando el artículo 1258 del Código Civil. La abogado general pretende que estas normas son contrarias a Derecho europeo, aunque inmediatamente afirma que cabe una interpretación de la norma española conforme con la Directiva.

El artículo 6, apartado 1 de la Directiva, se opone a una norma nacional como la del artículo 83 del Real Decreto-ley 1/2007, que permite al juez nacional sustituir una cláusula contractual abusiva por otra que no lo sea. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional interpretar y aplicar esta norma nacional de manera conforme con la Directiva. Al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar ese Derecho, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de esa Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 CE, párrafo tercero.

Todo esto lo hemos explicado muy ampliamente en el capítulo V de nuestro libro.

La abogado general haría bien en limitar sus afirmaciones generales. Su conclusión está mal formulada. La Directiva 13/93 no se opone a que el juez integre el contrato una vez declarada nula una cláusula predispuerta por abusiva.

¹ CARRASCO PERERA, *Las cláusulas penales se eliminan sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas*. www.uclm.es/centro/cesco/trabajos1.asp, junio de 2012.

² ALFARO ÁGUILA-REAL, *La arriesgada vida de una abogado general: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93. La sentencia del TJ sobre la reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas*. www.derechomercantilespaña.blogspot.com.es

Se opone a que sustituya la cláusula declarada nula por otra que se aproxime lo más posible a la declarada nula pero esté dentro de la legalidad. O sea, es contraria a la Directiva —y lo era ya al Derecho español y al Derecho alemán, por lo menos— la llamada reducción conservadora de la validez».

Igualmente, SERRA RODRÍGUEZ³ expone lo siguiente: «Coincido con la doctrina en que el TJUE ha confundido dos cuestiones, cuales son la relativa a la integración del contrato parcialmente nulo y la llamada reducción conservadora de la validez de la cláusula. A mi juicio, correctamente interpretado el artículo 83.2 TRLGCU, no faculta al juez, en su labor de integración del contrato parcialmente nulo, a reducir la cláusula nula a una medida que no sea abusiva, conculcando la finalidad preventiva de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas. Este razonamiento sería aplicable, sin mayores problemas, a las cláusulas «cuantitativas», como las cláusulas sobre intereses moratorios —que dio origen al litigio de la sentencia que comentamos— o cláusulas penales excesivas o, incluso a las cláusulas de exoneración de responsabilidad del profesional, en que el contrato subsistirá sin la cláusula nula y sin necesidad de integrarlo.

Pero ello no impide que, en otros supuestos de cláusulas abusivas, el juez pueda integrar el contrato, acudiendo a las fuentes de integración del contrato *ex* artículo 1258 del Código Civil, en las que el Derecho dispositivo desempeña un papel fundamental como paradigma de ordenación equilibrada de los intereses de las partes. Es más, no se puede evitar que, declarada nula la cláusula abusiva, el Derecho dispositivo se aplique al contrato, aunque formalmente el juez no proceda a integrar la cláusula y moderar, en su caso, las consecuencias. Esta solución es la que se ha defendido para las cláusulas de intereses moratorios, en las que declaradas abusivas por suponer desproporcionadamente alta debería aplicarse el artículo 1108 del Código Civil, que prevé, que a falta de convenio, el interés moratorio sea el interés legal del dinero. Esto es, declarada la nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios excesivos se produciría una laguna contractual, que debe integrarse acudiendo al Derecho dispositivo. Lo mismo sucedería, por ejemplo, con la cláusula que impone los gastos de otorgamiento de escritura pública en la compraventa de viviendas al consumidor que, de declararse abusiva *ex* artículo 89.3 TRLGCU, deberá aplicarse el artículo 1455, integrando, de esta manera el contrato».

Nuestra opinión es coincidente con lo anterior, es decir, en los casos de cláusulas penales excesivas impuestas en las relaciones de consumo, el juez nacional al amparo de la normativa aplicable no puede moderar el contenido de la pena, sí que directamente ha de proceder a la exclusión de la aplicación de la misma, produciéndose como ha señalado CARRASCO, a la desaparición de la aplicación del artículo 1154 del Código Civil en las relaciones de consumo.

II. UNA APROXIMACIÓN AL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* DEL ARRENDATARIO

Como es de sobras conocido este es uno de los problemas que con mayor reiteración se produce en la práctica de nuestros tribunales en sede de arrendamientos urbanos, sin que podamos encontrar soluciones uniformes al mismo.

³ SERRA RODRÍGUEZ, «Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVII, núm. 2153, abril de 2013, págs. 21 y 22.

De forma bastante gráfica, REBOLLEDO VARELA⁴ expone de forma generalizada la distinta postura de las Audiencias Provinciales, del siguiente modo:

«En la actualidad, se puede continuar afirmando que en la doctrina de las Audiencias sigue sin existir una posición o interpretación unánime pudiéndose observar diversas tendencias:

- A) Resoluciones que consideran que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes (arts. 1256 CC [*LEG* 1889/27]), por lo que no cabe el desistimiento unilateral antes del transcurso del plazo establecido, salvo pacto en contrario⁵, incumplimiento que produce consecuencias indemnizatorias referidas a las rentas del periodo contractual o hasta el momento en el que el inmueble hubiese sido arrendado de nuevo por el arrendador⁶ o, en su caso, que por aplicación del artículo 27.1 LAU 1994 (*RCL* 1994/3272 y *RCL* 1995/1141) cabe que el arrendador exija el cumplimiento del contrato con abono de las rentas.
- B) Sentencias que entienden aplicable por analogía el artículo 11 de manera que cabe el desistimiento con la indemnización de una mensualidad de renta por cada año del contrato que falte por cumplir (SAP de Ávila, de 16 de febrero de 1998 [*AC* 1998/3651]).
- C) Sentencias que, partiendo de la inaplicabilidad del artículo 11 a los contratos de duración inferior a cinco años, consideran que el desistimiento unilateral constituye mero incumplimiento con aplicación del artículo 1124 del Código Civil, pero que no conlleva una indemnización automática de las rentas pendientes del periodo contractual incumplido, sino los daños y perjuicios efectivamente producidos y acreditados por el arrendador⁷.
- D) Sentencias que consideran que, conforme a LAU/1994, el arrendatario puede desistir del contrato sin obligación de indemnizar (SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 22 de marzo de 1999 [*AC* 1999/3924])».

El análisis jurisprudencial sobre esta cuestión ha venido realizándose por nuestra doctrina ya desde hace años. En este sentido y para casos de arrenda-

⁴ REBOLLEDO VARELA, «Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2010, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 2010. Vid. también al respecto, ESTRUCH ESTRUCH, «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, junio de 2010.

⁵ SAP de Las Palmas, Sección 5.ª, de 30 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/46140), SAP de Barcelona, Sección 13, de 21 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/56346), SAP de Madrid, Sección 12, de 25 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/35733).

⁶ Vid. SAP de Albacete, Sección 2.ª, de 25 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/277350), SAP de Madrid, Sección 10, de 25 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/40866), SAP de Alicante, Sección 5.ª, de 17 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/260085), SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 15 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006/287135) y 29 de noviembre de 2005 (*AC* 2005/2400), SAP de Madrid, Sección 20, de 4 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/110025).

⁷ SAP de Valencia, Sección 11, de 18 de abril de 2006 (*JUR* 2006/272770), SAP de Salamanca, de 8 de octubre de 1998 (*AC* 1998/2114), SAP de Jaén, de 29 de enero de 1999 (*AC* 1999/132), SAP de Cantabria, de 22 de febrero de 1999 (*AC* 1999/285).

miento para uso distinto de vivienda, como apuntara CARRASCO PERERA⁸, existe abundante jurisprudencia relativa a la indemnización que debe ser pagada al arrendador cuando el arrendatario ha decidido desistir del contrato de arrendamiento unilateralmente y sin justa causa.

Para las SSTs de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9456) [arrendamiento de cuatro años, y se aplica el art. 56 LAU a los meses que quedaban de duración pactada], 28 de febrero de 1995 (RJ 1995/2777) [arrendamiento de local por cinco años; se desiste por el arrendatario el primer año, y se condena por el artículo 56 LAU a indemnizar con toda la renta contractual pactada; no se da ninguna importancia a que el arrendador haya vuelto a alquilar el local] y 25 de enero de 1996 (RJ 1996/318) [no consta plazo contractual], así como para la más reciente de 20 de junio de 2003 (RJ 2003/4251), el arrendatario se convierte en deudor de toda la renta pactada, sin considerar la conducta alternativa efectiva o probable del arrendador.

Destaca la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1995, número 179/1995 (RJ 1995/2777) en su Fundamento de Derecho segundo, cuando señala:

«c) Establece, para este caso, la indemnización al arrendador “con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir”; y d) Esta indemnización, consecuenta a la decisión del arrendatario de poner fin al contrato para la que no se exige justificación alguna, se valora por el legislador sin que pueda exceder del importe de las rentas que hubieran podido devengarse ni tampoco ser reducida en función de la valoración concreta de los perjuicios ocasionados al arrendador, lo cual constituye evidentemente una “especialidad” respecto a lo establecido para casos de incumplimiento contractual en el Código Civil. Siendo así, ha de concluirse que el ejercicio de la acción dimanante del artículo 56 estudiado no tiene por finalidad la reclamación del pago de rentas adeudadas sino obtener la indemnización referida y, por tanto, se funda en un derecho reconocido en la Ley especial que, en lo relativo al procedimiento a seguir, se traduce en que no ha de ser otro que el incidental previsto en el artículo 126 de aquélla, y no el juicio declarativo de menor cuantía, que es el adecuado, según la doctrina jurisprudencial, para la reclamación del pago de rentas (art. 1555.1.º del CC). Por todo ello ha de acogerse el motivo examinado».

Igualmente CARRASCO PERERA comentaba que, a nivel de Audiencias Provinciales, existe una jurisprudencia abundante que condena al pago de toda la renta contractual debida, pero en la mayoría de los casos se trata de abandono en el año de prórroga, por lo que sólo se paga un año de renta [SAP de Asturias, de 13 de enero de 2000 (AC 2000/210); SAP de Cádiz, de 4 de febrero de 2000 (AC 2000/3899); SAP de Castellón, de 14 de marzo de 2001 (AC 2001/1658); SAP de Castellón, de 16 de marzo de 2001 (AC 2001/1659)]. Existe jurisprudencia que claramente aplica el artículo 56 LAU (RCL 1964/2885 y RCL 1965/86) por todo el periodo contractual en contratos de más larga duración: SAP de Lleida, de 14 de septiembre de 2000 (AC 2000/2401) [arrendamiento de local por cinco años; se indemniza con las 27 mensualidades que restaban de contrato]; SAP de Vizcaya, de 14 de abril de 2000 (AC 2000/2401) [arrendamiento por cuatro años; se aplica el art. 56 LAU, y faltaba aún un año de contrato]; SAP de Salamanca, de

⁸ CARRASCO PERERA, «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677/2005, Parte Comentario.

4 de junio de 1996 (AC 1996/1047) [arrendamiento por ocho años; se desiste a los cuatro, y se aplica el art. 56 LAU por todo el tiempo restante, sin practicar ninguna moderación]; *SAP de Toledo, de 24 de mayo de 1995* (AC 1995/1016) [pero deja abierta la duda de si hubiera sido igual la solución si el arrendador hubiese realquilado]. Aunque en la *SAP de Barcelona, de 16 de marzo de 2001* (AC 2001/2044), no resulta el tiempo que faltaba de contrato, se aplica el 56 LAU y se desecha que pudiera hipotéticamente tenerse en consideración si el actor ha realquilado el local con posterioridad.

Cabe citar expresamente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, de 16 de marzo de 2000 (AC 2001/2044), que en su Fundamento de Derecho segundo, señala:

«Declarar que la indemnización al arrendador con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir; consecuente a la decisión unilateral del arrendatario de ponerle fin antes de finalizar el plazo pactado, no exige justificación alguna y se valora por el legislador».

Pese a lo anterior, existió una moderación de tal solución por parte de la jurisprudencia, de ahí que la jurisprudencia haya establecido ya en relación con el artículo 56 de la LAU (1964) la doctrina de que la indemnización habría de entenderse limitada al tiempo en que el local, tras su desalojo por el arrendatario, hubiese permanecido desocupado y libre, ya que en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto para el arrendador (SSTS de 15 de junio de 1993 [RJ 1993/4835], 25 de enero de 1996 [RJ 1996/318], 23 de mayo de 2001 [RJ 2001/6472], y 15 de julio de 2002 [RJ 2002/6048]).

Más concretamente para arrendamientos de vivienda, como afirma la doctrina civilista (vid., por todos, ESTRUCH ESTRUCH, *op. cit.*, págs. 986 y 987), hay que tener en cuenta lo siguiente: «Por lo tanto, salvo que expresamente se haya pactado lo contrario, no cabrá el desistimiento del arrendatario en todos aquellos contratos de arrendamiento de vivienda cuya duración inicial pactada sea igual o inferior a cinco años, o no se haya pactado tiempo de duración, o éste sea indefinido (en cuyo caso se aplicaría el art. 9.2 de la LAU), o en los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (...)».

Ubicando el problema de la indemnización debida por el arrendatario que ha efectuado el desistimiento unilateral *ad nutum* dentro del lucro cesante, se pronuncia —sin duda, con excelente rigor ofreciendo una correcta respuesta a la cuantificación de la indemnización debida en relación con el deber de mitigar el daño que tiene el acreedor— MORALES MORENO⁹, al señalar:

«Si el arrendatario priva al arrendador de ese lucro, por no respetar la duración prevista en el contrato, le debe indemnizar. Esta indemnización se rige por las reglas generales de la responsabilidad contractual, salvo en lo previsto por las leyes especiales de arrendamientos. Tanto la Ley de arrendamientos urbanos como la Ley de arrendamientos rústicos contienen algunas especialidades.

1. Conforme a la regulación general, la indemnización debida al arrendador toma en cuenta el beneficio neto que el contrato le hubiera proporcionado en el tiempo restante de duración del mismo. Para calcular el beneficio neto, hemos

⁹ Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número, pág. 51 y sigs.

de descontar de la renta los gastos de la cosa, soportados por el arrendatario, y los de gestión del arrendamiento. La indemnización, como ordinariamente sucede en el lucro cesante, debe calcular las rentas futuras no percibidas y los gastos futuros, lo cual en algunos casos puede plantear problemas.

Para calcular el daño, ha de tenerse en cuenta, además, el beneficio neto, efectivamente obtenido por el arrendador como consecuencia de la restitución de la cosa arrendada. Ese beneficio se resta de la cuantía del lucro cesante indemnizable. El beneficio está integrado por las ventajas netas que el arrendador ha obtenido de la cosa arrendada, una vez que le ha sido restituida. Por ejemplo: ha obtenido sus frutos naturales o industriales, ha cobrado la renta de un nuevo arrendamiento. Si la cosa ha sido vendida por el arrendador, ha de tomarse en cuenta el beneficio obtenido gracias a esa venta. No el correspondiente al precio obtenido, porque el precio sustituye a la cosa. Sí, en cambio, el correspondiente a los productos de ese precio: los intereses correspondientes al tiempo en que hubiera debido continuar el arrendamiento de la cosa».

De nuevo MORALES MORENO (vid., *op. cit.*, págs. 51 y sigs.) razona justificadamente lo siguiente:

«Junto a la regla a la que me acabo de referir, que considera los beneficios efectivamente obtenidos, hemos de aplicar otra, que opera de modo alternativo y toma en cuenta los beneficios que hubieran debido ser obtenidos por el arrendador. Es la consecuencia del deber de mitigar el daño producido por el incumplimiento. En virtud de esta segunda regla, el lucro cesante indemnizable se reduce en la medida paliativa razonable. La medida más oportuna es la operación de reemplazo: la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, en condiciones razonables. Con esta medida, el arrendador sigue dando a la cosa el mismo destino que el del contrato incumplido. Si consideramos que los gastos deducibles son los mismos en el primer contrato y en el segundo, el lucro cesante es la menor cuantía de la renta del segundo contrato, durante el tiempo pendiente de ejecución de primero. Al lucro cesante pueden añadirse otros daños; por ejemplo: los gastos necesarios para la celebración de ese segundo contrato».

En el mismo sentido, CARRASCO PERERA¹⁰, opina lo siguiente:

«...La única solución eficiente es que la situación resultante del abandono de la posesión se resuelva de modo definitivo al tiempo de la sentencia, sin dejar flecos ni producir incentivos perversos no controlables. En muchos casos resueltos por los tribunales ha ocurrido así. Cuando la sentencia de primera instancia se dicta, ya ha transcurrido todo el tiempo de contrato, y se sabe si el arrendador ha realquilado o no en este tiempo. En tales casos, la solución racional es la mayoritaria en la jurisprudencia, y hoy autorizada por el Tribunal Supremo. Se debe indemnizar con la renta contractual hasta el día en que se produjo el nuevo alquiler. Da igual que esto se reclame como cumplimiento de la renta pactada o como indemnización por el lucro cesante resolutorio. Y como da igual, debemos aplicar la regla de la carga de minorar el daño, y deducir de esta cantidad la que resulte de una tardanza irrazonable en buscarse el arrendador este alquiler

¹⁰ CARRASCO PERERA, «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677/2005, Parte Comentario.

sustitutorio. El arrendador asumiría el riesgo de la falta de rentas a partir del momento en que pudo razonablemente alquilar y no lo hizo. Finalmente deberíamos aumentar o disminuir la cantidad así fijada con la diferencia en menos/más entre la vieja y la nueva renta contractual...».

Por su parte, ALBIÑANA¹¹ estima lo que a continuación se expone: «Tercero. Conceptos indemnizables. Otro tema que interesa destacar es definir los conceptos susceptibles de ser indemnizados. Tradicionalmente la cuestión se ha planteado en términos de renta pero la realidad ofrece otros muchos conceptos que deben ser indemnizables por aplicación directa de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil. Así, por ejemplo, citamos los siguientes, siendo la conclusión que cualquier daño o perjuicio sufrido por el arrendador, incluido el lucro cesante, debe ser completamente reparado: (i) las rentas que procedan por lucro cesante; (ii) en caso de nuevo arrendamiento, el arrendatario que incumplió debería compensar económicamente al arrendador, por los peores términos del nuevo arrendamiento (por ejemplo, una menor renta); (iii) el perjuicio causado por los gastos que genere el inmueble (gastos comunes, etc.) y cualquier otro concepto al que se obligó el arrendatario satisfacer durante la vida del contrato (*triple net lease*), tales como, en su caso, impuestos locales, prima de seguros, gastos de mantenimiento, etc.; (iv) obras de acondicionamiento realizadas o soportadas, y no repercutidas económicamente por el arrendador y otros beneficios arrendaticios que tanto las unas como los otros fueron concedidos en atención a la duración del contrato y a la confianza y expectativa legítima de que el arrendatario cumpliría con el “plazo de obligado cumplimiento” y que a la fecha del desistimiento tales obras y beneficios estuviesen pendientes de amortización; (v) gastos de comercialización del inmueble (costes y honorarios de agentes), etc.».

La jurisprudencia ha mantenido en ocasiones que el mero incumplimiento contractual ya genera daños que han de ser indemnizados, en este caso, el de las rentas que se han dejado de percibir así como de la diferencia de la renta respecto del nuevo contrato de arrendamiento, citándose, entre otras, las siguientes sentencias:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.^a, 272/2002 de fecha 30 de julio de 2002 (AC 2002/1315) que, en su Fundamento de Derecho segundo, señala:

«La primera postura se matizaría, a su vez, en el sentido de que si la renta pactada en el segundo arrendamiento del local fue inferior a la estipulada en el primero, el arrendatario tendría que indemnizar no sólo por el tiempo en que el local estuvo desalquilado, sino también por la diferencia de renta (perdida por el arrendador) hasta la finalización del plazo contractual previsto.

Sostienen la segunda postura, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3-7-1990 (RJ 1990/5768), 30-11-1992 (RJ 1992/9455), y 28-2-1995 (RJ 1995/2777)».

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 179/1995, de 28 de febrero de 1995 (RJ 1995/2777), en su Fundamento de Derecho tercero, señala:

¹¹ ALBIÑANA, «Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Iglesias Prada*. Extraordinario-2011, págs. 206 y 207.

«b) Es irrelevante el hecho de que la señora Z. haya arrendado de nuevo su local con posterioridad a su desalojo por “DEFSA”, ya que tal acontecimiento no se contempla en la ley que, contrariamente, objetiva el importe de la indemnización abstrayéndolo, como se ha dicho, de cuál sea el de los perjuicios realmente causados, y es que la decisión unilateral adoptada por la arrendataria conlleva ex lege la consecuencia prevista en el artículo 56 y ha de entenderse aceptada cuando opta por hacer uso de la facultad que el precepto le concede de la que no cabe disociarla».

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 490/2001, de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001/6472), en su Fundamento de Derecho quinto, señala:

«Sin embargo, la resolución impugnada en lugar de prescindir del periodo en que las naves estuvieron arrendadas a “Moblicop Coop” para fijar la indemnización que considera procedente, tiene en cuenta, durante dichos meses, la diferencia entre lo realmente percibido por la entidad actora y lo que debería ser satisfecho según el contrato de litis, imponiendo a los demandados el abono de tal diferencia».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a), de 3 de junio de 1998 (AC 1998/5871), también acoge como partida indemnizatoria la diferencia de rentas expresada, al razonar lo siguiente:

«Dicho lo anterior, el siguiente punto a considerar estriba en la interpretación que ha de hacerse del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, precepto que establece las obligaciones de las partes en el supuesto de desistimiento unilateral del arrendamiento por el arrendatario, fijando al respecto que este último vendrá obligado a notificar a la contraparte su propósito por escrito al menos con treinta días de antelación e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedara por cumplir, indemnización que ha de entenderse es susceptible de minoración en aquellos supuestos en que se produce un nuevo arriendo antes de concluir el plazo fijado para el arrendamiento resuelto por la sola voluntad del arrendatario, en cuyo caso dicha indemnización se asimilará a las rentas devengadas durante el tiempo en que el local permanezca desocupado y libre, pues, en otro caso, se daría una situación clara de enriquecimiento injusto, que los Tribunales de Justicia no deben amparar (SSTS 15 junio 1993 [RJ 1993/4835] y 25 de enero de 1996 [RJ 1996/318]); indemnización que también deberá de contemplar, y ello es totalmente lógico, la diferencia entre las rentas, pues si el nuevo arriendo se ha concertado a la baja, necesariamente se ha producido un perjuicio que ha de correr a cargo del arrendatario que unilateralmente y sin causa justificada para ello, resolvió el contrato, sin que el hecho de entregar las llaves suponga la existencia de una declaración unilateral recepticia por parte de la arrendataria que excluya la aplicación de las previsiones legales establecidas al efecto, máxime cuando, como pone de manifiesto la STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9456), referido precepto tiene carácter imperativo y no puede quedar ineficaz por pacto en contrario, al ser de cumplimiento coactivo».

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008/5586), si bien es cierto que estima uno de los motivos de casación interpuestos pero sin desvirtuar el criterio de la Audiencia que concedió como parte de la indemnización la menor renta que obtuvo el arrendador como consecuencia del desistimiento unilateral del arrendatario, al razonar que:

«Debe precisarse que la Audiencia señaló como indemnización la de los cuatro meses en que el inmueble permaneció sin arrendar más la suma correspondiente a los meses de renta transcurridas hasta la adjudicación del inmueble en subasta, pero en cuanto éstos por la diferencia de renta mensual entre el arrendamiento a la entidad “Alcatel” y el concertado con posterioridad con la mercantil “Teleaction”. Se estima que tal criterio es contrario a la doctrina expresada por esta Sala, que en supuesto de aplicación del artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha declarado en sentencia de 30 de abril de 2007 (RJ 2007/2391) lo siguiente: “que el exarrendatario haya de pagar las diferencias de renta porque el arrendador haya vuelto a arrendar el local en condiciones económicas que le son perjudiciales, es un criterio que carece de base legal en el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. La jurisprudencia de esta Sala, con excepción de la sentencia de 28-2-95 (RJ 1995/2777), la única flexibilización que ha admitido es la de que en el momento de la ocupación por tercero del local cesa la obligación para el exarrendatario del abono de indemnización —sentencias de 15 de junio de 1993 (RJ 1993/4835), 28 de febrero de 1996 (RJ 1996/1271), 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/1785) y 23 de abril de 2001—. Se entiende que el artículo 56 presupone la existencia del daño si el local permanece desocupado, no en otro caso, pues existiría un enriquecimiento injusto del arrendatario, que cobraría la indemnización por el daño y la renta del nuevo arrendamiento”.

El motivo ha de ser estimado.

Y ello por distinta razón a la expuesta en el mismo, debiendo contraerse la indemnización debida al arrendador al tiempo en que el edificio permaneció sin alquilar, que fue cuatro meses, en los que la renta mensual era de 5.316.948 pesetas, lo que supone un importe de 21.267.792 pesetas, a los que hay que descontar los 9.000.000 de pesetas en poder de la parte arrendadora en concepto de fianza, por lo que el importe se reduce a 12.267.792 pesetas, lo cual supone la estimación parcial del recurso de casación. En cuanto a los intereses legales, conforme al artículo 576.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000/34/962 y RCL 2001/1892), dada la sustancial reducción del importe que deberá satisfacer “Alcatel” respecto del señalado por la Audiencia, se estima que los intereses legales procesales correspondientes a dicha suma deberán satisfacerse desde la fecha en que se dicta la presente sentencia y hasta el completo pago».

En el ámbito de los arrendamientos para uso distinto de vivienda, otro foco de discusión ha sido la posible aplicación analógica del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en base principalmente, a la doctrina que sentara la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710). Sin embargo, la aplicación analógica que realiza la polémica STS de 20 de mayo de 2004, del artículo 11 de la LAU a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, lo hace sólo cuando estos tengan una duración pactada superior a cinco años.

La propia sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero de 2010 (JUR 2010/148500), se encarga de aclararnos cuál fue el sentido del fallo de la STS de 20 de mayo de 2004, con el siguiente razonamiento: «Por el contrario, no existe norma alguna que admita el desistimiento unilateral del arrendatario en los contratos de duración pactada no superior a los cinco años, no siendo aplicable analógicamente la norma del artículo 11, referida a los contratos de duración pactada superior a los cinco años, a los contratos de duración inferior, limitándose en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2004, citada por la apelante, a admitir la aplicación analógica del artículo 11, dentro del Título II de la Ley 29/1994, De los arrendamientos de vivienda, a los arrendamientos para uso

distinto del de vivienda, regulados en el Título III, siempre partiendo de una duración pactada superior a los cinco años».

Otra doctrina jurisprudencial que estima la inaplicación analógica del artículo 11 de la LAU de 1994 al arrendamiento para uso distinto de vivienda, cabe citar, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de marzo de 2005 (Sección 10.ª) (2005/108910), negó acertadamente tal aplicación analógica del siguiente modo: *«El contrato de méritos no reconoció expresamente al arrendatario la facultad de desligarse del mismo por su sola voluntad».*

Establece el artículo 4.3 LAU 29/1994, de 24 de noviembre (RCL 1994/3272 y RCL 1995/1141), aplicable a la relación litigiosa atendida la fecha de suscripción del contrato, que los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley, y supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil (LEG 1889/27).

Ex deffinitione, no es directamente aplicable el capítulo II del Título II de la LAU, en el cual, en relación con los arrendamientos de vivienda, se contiene el artículo 11. Este precepto regula el desistimiento del contrato cuando la «duración pactada» sea «superior» a cinco años, y ya hubiera transcurrido este periodo. En tal caso, el inquilino puede desistir unilateralmente incluso sin indemnización alguna siempre que avise al arrendador con dos meses de antelación. Como excepción, se autoriza que las partes puedan convenir en estos contratos una indemnización hasta el máximo previsto por el párrafo segundo del citado artículo.

Tampoco este precepto es aplicable por analogía porque ni nos encontramos ante un involuntario mutismo normativo, ni son parificables los arrendamientos de vivienda y los de uso distinto como evidencia que el régimen normativo de uno y otro sean explícitamente diversos.

Diversamente, en relación con los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda y los de vivienda con una duración pactada inferior a los cinco años o de cinco años, nada se contempla en la Ley respecto de la posibilidad de las partes para desistir unilateralmente del contrato y si no han pactado la posibilidad de desistir unilateralmente con o sin indemnización, son de aplicación las reglas generales disciplinadoras de las obligaciones y contratos en el Código Civil.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, sin que derive esta circunstancia de que en la estipulación 4.ª del contrato se conviniera que el plazo pactado «...se entiende de obligado cumplimiento para ambas partes». En efecto, las cláusulas de todo contrato válido y eficaz son, siempre y en todo caso, de obligado cumplimiento por ambos estipulantes ex artículos 1091 y 1256 del Código Civil, aunque nada se diga al respecto. En consecuencia, la expresada locución expletivamente incorporada al contrato nada añade y a nada distinto obliga que no se derive de lo pactado y de la Ley».

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª) de 24 de noviembre de 2001 (JUR 2002/ 60957): «al contrato de arrendamiento suscrito entre las partes litigantes no le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues el mismo está comprendido en el Capítulo II, del Título II, de dicha Ley, que no es de aplicación al arrendamiento de uso distinto de vivienda (...) y asimismo en el contrato de arrendamiento de fecha 3 de septiembre de 1996 no se pactó expresamente por voluntad de las partes contratantes la aplicación del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni tampoco se contempló expresamente en sus cláusulas, el supuesto de desistimiento del contrato antes de la expiración del plazo pactado de duración por parte del arrendatario».

De la doctrina científica que estima la inaplicación analógica del artículo 11 de la LAU de 1994 al arrendamiento para uso distinto de vivienda, podemos citar:

ESTRUCH ESTRUCH (vid., *op. cit.*, págs. 986 y 987), razona lo siguiente: «A nuestro juicio, no es válido el desistimiento unilateral del contrato realizado por el arrendatario en los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda antes del tiempo de duración pactado contractualmente. A estos arrendamientos para uso distinto del de vivienda, tengan o no una duración superior a los cinco años, no es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y ello a pesar de la polémica STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710). Lo cierto es que la mayoría de la jurisprudencia menor no considera aplicable el artículo 11 LAU a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Así, en la SAP de Madrid, de 1 de marzo de 2005 (JUR 2005/108910), se indica que: “los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley, y supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil”. *Ex deffinitione*, no es directamente aplicable el capítulo II del Título II de la LAU, en el cual, en relación con los arrendamientos de vivienda, se contiene el artículo 11. Este precepto regula el desistimiento del contrato cuando la “duración pactada” sea “superior” a cinco años, y ya hubiera transcurrido este periodo. En tal caso, el inquilino puede desistir unilateralmente incluso sin indemnización alguna, siempre que avise al arrendador con dos meses de antelación. Como excepción, se autoriza que las partes puedan convenir en estos contratos una indemnización hasta el máximo previsto por el párrafo segundo del citado artículo. Tampoco este precepto es aplicable por analogía porque ni nos encontramos ante un involuntario mutismo normativo, ni son parificables los arrendamientos de vivienda y los de uso distinto, como evidencia que el régimen normativo de uno y otro sean explícitamente diversos. Diversamente, en relación con los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda y los de vivienda con una duración pactada inferior a los cinco años o de cinco años, nada se contempla en la Ley respecto de la posibilidad de las partes para desistir unilateralmente del contrato y si no han pactado la posibilidad de desistir unilateralmente con o sin indemnización, son de aplicación las reglas generales disciplinadoras de las obligaciones y contratos en el Código Civil». Muy clara es también la SAP de Madrid, de 24 de noviembre de 2001 (JUR 2002/60957): «al contrato de arrendamiento suscrito entre las partes litigantes no le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues el mismo está comprendido en el Capítulo II del Título II de dicha Ley, que no es de aplicación al arrendamiento de uso distinto de vivienda (...) y asimismo en el contrato de arrendamiento de fecha 3 de septiembre de 1996 no se pactó expresamente por voluntad de las partes contratantes la aplicación del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni tampoco se contempló expresamente en sus cláusulas, el supuesto de desistimiento del contrato antes de la expiración del plazo pactado de duración por parte del arrendatario». En el mismo sentido, la SAP de Asturias, de 8 de noviembre de 2000 (AC 2000/2380), señala que: «la imposibilidad de que el arrendatario alegue el desistimiento unilateral, como causa de extinción del arriendo para uso distinto del de vivienda, ha sido también puesta de manifiesto por las Audiencias de Valladolid (6 de junio de 1997 [AC 1997/1236]) y Burgos (4 de diciembre del mismo año [AC 1997/2501])». Véanse también las SSAP de Murcia, de 15 de febrero de 2002 (AC 2002/1113), y Asturias, de 21 de febrero de 2000 (AC 2001/157). Por último, sintéticamente dice la SAP de Alicante, de 11 de abril de 2001 (JUR 2001/180761) que: «[l]a facultad de resolver un contrato por desistimiento unilateral es excepcional porque implica una vulneración del artículo 1256 del Código Civil, que declara que la validez y cumplimiento de los

contratos no puede dejarse al arbitrio de ninguna de las partes. Esa facultad excepcional debe otorgarse por previsión expresa legal, contractual o cuando se trata de contratos de tracto sucesivo de duración indefinida y en los que destaca el componente *intuitu personae*. En la regulación contenida en la LAU-1994 (art. 35) no se contempla, para los arrendamientos de uso distinto de vivienda, la facultad de resolver el contrato a instancia del arrendatario, no siendo aplicable por analogía el artículo 11 LAU porque se refiere al contrato de arrendamiento de vivienda».

Por su parte, Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (vid., *op. cit.*), se pronuncia con idéntica conclusión del siguiente modo: «Dentro de las normas específicas que contiene la LAU en los artículos 29 y siguientes, de entrada no existe una norma similar al artículo 11 en sede de arrendamiento de viviendas por lo que, en principio, el contrato estará sometido a la regla general del artículo 1256 del Código Civil en el sentido de que su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes. En consecuencia, la duración pactada tendrá que ser respetada, sin perjuicio de las previsiones contractuales que convencionalmente las partes hayan considerado oportuno incluir sobre el desistimiento unilateral del arrendatario, que en caso de permitirse se considera como una facultad conferida al mismo que no vulnera el artículo 1256 del Código Civil, doctrina que se ha visto expresamente confirmada por la STS de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/2383), ello sin perjuicio de la conveniencia de fijar un plazo mínimo de duración con carácter vinculante para ambas partes. Así, SAP de Navarra, Sección 1.ª, de 11 de julio de 2008 (*JUR* 2009/95733), SAP de Madrid, Sección 20, de 10 de julio de 2007 (*JUR* 2007/307766), SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007/255270)».

Asimismo, M. E. CLEMENTE MEORO¹², igualmente opina que: «no hacía falta recurrir a la aplicación analógica del artículo 11 LAU de 1994, sino que bastaba con aplicar lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil, ajustándose pues a lo que establece el artículo 4.3 LAU de 1994».

Por su parte, la reciente reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 4/2013, de 4 de junio) (*RCL* 2013/841) permite ya en la nueva redacción del artículo 11 LAU (*RCL* 1994/3272) el desistimiento del arrendatario transcurridos seis meses del contrato, habiéndonos facilitado al menos la problemática en cuanto a la interpretación del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tan desafortunada en la práctica jurisprudencial, al menos en cuanto a los arrendamientos de vivienda.

MAGRO SERVET¹³ compara así el asunto objeto de debate, con la situación normativa existente con anterioridad y con posterioridad a la citada Ley 4/2013, al exponer lo siguiente:

- «1. Que antes de la reforma de la LAU de 2013, el desistimiento del arrendatario solo cabía en contratos de arrendamiento de duración superior a los cinco años.
2. Con la reforma de 2013, el desistimiento del arrendatario ya cabe cualquiera que sea la duración del contrato.

¹² CLEMENTE MEORO, «Desistimiento del arrendatario para uso distinto de del vivienda e indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2710)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 14/2005, pág. 165.

¹³ MAGRO SERVET, «El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la LAU», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013.

3. Lo único que se exige en estos casos de desistimiento del arrendatario es que hayan transcurrido al menos seis meses del contrato para poder ejercitar la facultad resolutoria unilateral.
4. Para llevar a efecto esta facultad, el arrendatario debe comunicárselo al arrendador con una antelación mínima de un mes al momento en que quiera hacer efectiva esa resolución de forma fehaciente, ya que en caso contrario no podrá demostrar, si el conflicto se judicializa, que envió en debida forma esta comunicación como marca la reforma.
5. Que, sin embargo, si se trata de contratos de duración superior al año, las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización. Quiere esto decir que en los contratos de arrendamiento de vivienda por plazo inferior al año, que son los habituales, porque nadie arrienda por plazo superior al año al tener la opción de prórroga ahora hasta tres, si desiste el arrendatario transcurridos los seis primeros meses del contrato no deberá abonar los seis que le quedan hasta cumplir el año si desea abandonar el inmueble.
6. Con ello ya no hace falta que se acredite justa causa o circunstancias sobrevenidas por la crisis económica, o razones personales, para que los tribunales pudieran condonarle la indemnización que podría estar obligado a abonar el arrendatario al arrendador por la unilateral resolución, ya que lo único que debe hacer el arrendatario es comunicar al arrendador fehacientemente que desea abandonar el inmueble, una vez transcurridos los seis primeros meses del contrato.
7. Y, por último, un tema de gran trascendencia, y es que esta opción que se plantea en el artículo 11 LAU nuevo de desistimiento del arrendatario una vez transcurridos los seis primeros meses del contrato no es aplicable a los locales de negocio, ya que sigue sin aplicarse a estos al no haberse incluido en la reforma ningún precepto que haga extensivos a los arrendamientos para usos distintos al de vivienda las opciones que se marcan en el artículo 11, de tal manera que en estos casos si se pacta entre las partes una determinada duración del contrato de arrendamiento y al arrendatario le surgen circunstancias sobrevenidas que le llevan a instar la resolución unilateral del contrato o desistimiento, sí que es cierto que operarán las razones expuestas acerca de que el tribunal podrá valorar si, en efecto, estas circunstancias confluyen y están justificadas para determinar el alcance de la compensación que debe satisfacer el arrendatario de local de negocio al arrendador».

III. LA CLÁUSULA PENAL ANTE EL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* DEL ARRENDATARIO

Ante las dificultades de encontrar una respuesta uniforme en nuestra jurisprudencia, en la práctica se ha venido utilizando el recurso a la cláusula penal para la liquidación abstracta del daño en estos casos. Así, la virtualidad de las cláusulas penales para los supuestos de desistimiento unilateral *ad nutum* efectuados indebidamente por el arrendatario en claro incumplimiento del plazo contractual pactado, ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia.

En este sentido, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, número 544/2012, de 23 de noviembre (AC 2013/55), inapreciando, por otro lado, la existencia de un enriquecimiento injusto, razona literalmente lo siguiente:

«Enriquecimiento injusto. En penúltimo lugar se alega la existencia de un enriquecimiento injusto, pues don Melchor reconoció que a los dos meses volvió a arrendar la vivienda a una tercera persona; por lo que si recibe la indemnización pactada en el contrato, se estaría lucrando indebidamente.

El motivo no puede ser estimado:

*1.º Para que pueda hablarse de una situación de enriquecimiento injusto susceptible de ser corregida judicialmente, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo [TS de 19 de julio de 2012 (RJ 2012/10118) (Roj: STS 6699/2012, recurso 294/2010), 17 de mayo de 2012 (Roj: STS 4230/2012, recurso 719/2008), 9 de febrero de 2012 (RJ 2012/3786) (Roj: STS 911/2012, recurso 202/2009), 25 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8016/2011, en el recurso 576/2008), 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1790) (Roj: STS 7566/2010, recurso 1232/2007), 3 de diciembre de 2010 (Roj: STS 6692/2010, recurso 164/2007), 15 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6258/2010, recurso 1741/2006), 21 de septiembre de 2010 (Roj: STS 4620/2010), 23 de julio de 2010 (Roj: STS 4218/2010), 21 de julio de 2010 (Roj: STS 3901/2010), 21 de septiembre de 2010 (Roj: STS 4620/2010), 31 de octubre de 2001 (RJ 2001/9639), 5 de marzo de 1999 (RJ Aranzadi 1403), 19 de diciembre de 1996 (RJ Aranzadi 9218), 4 de noviembre de 1994 (RJ Aranzadi 8373) y 5 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10395), entre otras] exige la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) Aumento del patrimonio del enriquecido. (ii) Correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *lucrum cesans*. (iii) Falta de causa que justifique el enriquecimiento. (iv) E inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio; o la existencia de un negocio jurídico válido y eficaz.*

El referido enriquecimiento ha de referirse necesariamente a un desplazamiento patrimonial carente de toda causa que lo pueda justificar, lo que no sucede cuando ha mediado un contrato válido y eficaz cuya nulidad no se declara procedente; o porque una regulación legal admite y tolera ese enriquecimiento en aras a un interés social; o se produce en virtud de una sentencia, o en un proceso de ejecución. La doctrina del enriquecimiento injusto no es aplicable cuando es impuesto por pacto o en virtud de resolución judicial [TS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012/5289) (Roj: STS 1064/2012, recurso 1942/2008), 25 de noviembre de 2011 (RJ 2012/578) (Roj: STS 8016/2011, en el recurso 576/2008), 6 de mayo de 2011 (RJ 2011/3843) (Roj: STS 2847/2011, recurso 2224/2007)].

2.º En este caso se pactó una cláusula penal con función liquidadora, pues la pena sustituye la determinación de la posible indemnización de daños y perjuicios, como contempla el artículo 1152 del Código Civil (LEG 1889/27). Implica un rescaramiento de daños prefijado y objetivo, para el supuesto de incumplimiento. Su efectividad opera sin que sea preciso acreditar la existencia y realidad de daños y perjuicios efectivamente causados, pues tiene una función liquidadora del daño; por lo que ni precisa prueba, ni puede acudirse a otros criterios para valorar el daño. La libertad de pactos sobre la que se asienta nuestro Ordenamiento, como excepción a la regla general para caso de incumplimiento por uno de los contratantes consistente en la indemnización de los daños y perjuicios causados a la contraparte que cumplió, permite asegurar el cumplimiento de las obligaciones frente a terceros, mediante un pacto accesorio de que en caso de incumplimiento el deudor se obliga a ejecutar una prestación consistente en general en el pago de una determinada cantidad de dinero, y, si bien no define que debe entenderse por cláusula penal, en

los artículos 1152 a 1155 del Código Civil regula sus efectos [TS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010/9155) (Roj: STS 7671/2010, recurso 1992/2006)]. Tal como ordena el artículo 1152 del Código Civil, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Por lo cual, si las partes, voluntariamente y en aras del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil han pactado una cláusula penal, deben acatar la función liquidadora que impone el mencionado artículo 1152 [TS de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012/4524) (Roj: STS 1322/2012, recurso 21/2009)].

3.º Estando pactada una cláusula penal, con función de una objetiva liquidación del daño para el supuesto de que los arrendatarios incumpliesen su obligación de no ocupar la vivienda (y por lo tanto pagar la renta) durante un periodo mínimo de un año, no puede entrarse a analizar si los perjuicios reales han sido mayores o menores. Ni tampoco tildarse de enriquecimiento injusto, pues el trasvase patrimonial se produce en virtud de un negocio jurídico libremente pactado entre las partes».

Además, en contra de la moderación judicial de la pena pactada, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, se pronuncia así al respecto:

«1.º El artículo 1154 del Código Civil remite al juicio de equidad del juez para la moderación de la pena convencional “cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”, respondiendo a la idea de que, cuando los contratantes han previsto una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor la cumple en parte o deficientemente, ya que, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista. Sin embargo, esta concepción descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional, aun en supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso, cuando este incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes [TS de 7 de mayo de 2012 (RJ 2012/8004) (Roj: STS 4442/2012, recurso 1421/2009), 17 de enero de 2012 (RJ 2012/287) (Roj: STS 500/2012, recurso 424/2007), 12 de julio de 2011 (RJ 2011/5112) (Roj: STS 4872/2011, recurso 1034/2007), 10 de junio de 2011 (RJ 2011/4522) (Roj: STS 3627/2011, recurso 651/2007), 4 de mayo de 2011 (RJ 2011/3728) (Roj: STS 2671/2011, recurso 2220/2007), 1 de octubre de 2010 (RJ 2010/7307) (Roj: STS 5575/2010, recurso 633/2006)].

2.º En el presente caso, dado el tenor de la cláusula (“los arrendatarios podrán desistir del contrato, antes del plazo pactado, con preaviso de un mes, y de no cumplirse el plazo mínimo de un año se verán obligados a indemnizar a los arrendadores con las cuotas pendientes”), el incumplimiento parcial es el expresamente previsto. Se indemnizará en las mensualidades que falten para cumplir el año desde que se resuelve unilateralmente el contrato. Cuanto más se cumpla por parte de los arrendatarios, menor será la pena que soportarán. Por lo que no cabe aplicar facultad moderadora alguna, conforme a la citada jurisprudencia».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre 2010 (RJ 2010/7307) cuando afirma lo siguiente: «cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que,

como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes».

Sin embargo, tampoco en relación con la posible moderación de la cláusula penal en estos casos, ha existido una respuesta unísona en la práctica forense. Así, frente a esta postura tradicional ha surgido una nueva corriente jurisprudencial que considera que los Tribunales pueden entrar a moderar las cláusulas penales tanto en los supuestos de cumplimiento parcial o irregular (corriente tradicional), como en aquellos de incumplimiento total.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de noviembre de 2011 (AC 2011/2307), ante una regulación expresa de una cláusula penal por desistimiento del arrendatario (que exige el total importe de la renta pactada al arrendatario hasta la terminación del plazo de duración del contrato), procede a su moderación por entender que su aplicación estricta produciría una ruptura del equilibrio de las contraprestaciones entre arrendador y arrendatario.

Una importante justificación que ofrece esta interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de noviembre de 2011, es el recurso a los textos que nos ofrece la armonización del Derecho Privado Europeo, así como la Propuesta de Modernización de Derecho de Obligaciones, elaborada por la Comisión General de Codificación, al razonar lo siguiente:

«Y por esta misma Sala de apelación, en sentencia de 14 de diciembre de 2010 (rec. 476-08), ya se sostuvo que “el Código Civil (LEG 1889/27) dispone en su artículo 1152 que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo permite la moderación de la pena convencional cuando ésta tiene carácter excesivo, aún cuando el incumplimiento sea total, ampliando de esta manera el ámbito de aplicación del artículo 1154 del Código Civil, en línea con lo establecido en los Principios de Derecho Contractual Europeo y en el Anteproyecto de modernización del Derecho de obligaciones elaborado por la Comisión General de Codificación”.

La jurisprudencia del TS que tiene en cuenta el Derecho uniforme europeo para interpretar las normas del Código Civil sobre obligaciones y contratos a partir de la sentencia de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009/675) que afirma con carácter general que “el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil”. Esta doctrina es tenida en cuenta por varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 25 de mayo de 2009 (RJ 2009/2417), 16 de febrero (RJ 2010/1783) y 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950) y sobre todo en la medida que contempla el caso de moderación de la pena convencional en caso de incumplimiento total la reciente sentencia de 5 de octubre de 2010 (RJ 2010/8008) que en el Fundamento de Derecho cuarto dice lo siguiente: “...la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter “inmoderable”: “El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”, y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios

de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: "Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias"».

Para justificar la moderación de la cláusula penal, la Audiencia Provincial acoge la interpretación doctrinal que establece que los Tribunales pueden entrar a valorar cualquier cláusula penal, ofreciéndonos los siguientes parámetros: la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, la doctrina del enriquecimiento injusto, la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* y el riesgo de insolvencia del arrendatario, cuando afirma que:

«Sin embargo, como se ha señalado desde la doctrina que interpreta este tipo de problemas interpretativos, "nos encontramos en nuestro Derecho con al menos cuatro cuestiones que impiden afirmar radicalmente que cualquier tipo de cláusula indemnizatoria pactada por las partes de un contrato de arrendamiento será respetada por el juzgador. Estas cuestiones son: a) la facultad moderadora de los tribunales vía artículo 1154 del Código Civil español; b) la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto; c) la teoría de rebus sic stantibus; y d) finalmente, claro está, el riesgo de insolvencia del arrendatario"».

En cuanto a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, la Audiencia Provincial de Madrid considera en esta sentencia que *«(...) para evitar una notoria desproporción y un enriquecimiento injusto por parte del arrendador, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado necesario una prudente moderación, y ha venido a establecer los elementos a tener en cuenta para esta posible moderación, que pasan por valorar las expectativas legítimas del arrendador, que no deben quedar frustrados, y del arrendatario, que no debe ser gravado con una consecuencia económica desproporcionada a causa de la resolución anticipada del contrato»* (SSTS de 3 de febrero de 2006, 5 de julio de 2006 y 12 de junio de 2008).

Además, la Audiencia, en la sentencia referida, dispone que: *«(...) la moderación de la cláusula penal no sólo puede enfocarse como reducción del importe del multiplicando, sino que debe enfocarse también como reducción de la extensión temporal del intervalo a que se aplica dicha cláusula. Si la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (...) no puede dejarse de tener en cuenta el hecho de que en un momento determinado puedan desaparecer esos daños y perjuicios»*. Así, la Audiencia estima parcialmente el recurso interpuesto por el arrendador; condenando al arrendatario a indemnizar el daño efectivamente causado (al arrendador), esto es, al pago: (i) de la renta de los meses en que el arrendador no ha podido tener arrendado el local; y (ii) de la diferencia entre la renta del contrato de arrendamiento resuelto unilateralmente y la del nuevo contrato de arrendamiento suscrito por el arrendador posteriormente (tres meses después), multiplicado por el plazo de duración pendiente de cumplimiento.

El recurso que efectúa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de noviembre de 2011, a los textos que nos ofrece la armonización de Derecho Privado Europeo, así como la Propuesta de Modernización de Derecho de Obligaciones, elaborada por la Comisión General de Codificación, nos invita a aproximarnos a la cuestión de la moderación de la pena en dichos textos, así como el tratamiento que de la moderación judicial de las cláusulas penales excesivas se ha realizado ya a nivel doctrinal.

El marco anterior viene dado pues por el artículo 1150 de la Propuesta Modernización de Derecho de Obligaciones que establece literalmente que: «*El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*».

El artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos:

1. *Cuando el contrato establece que la parte que incumple debe pagar una suma de dinero a la parte perjudicada por tal incumplimiento, ésta deberá recibir dicha cantidad con independencia de cuál haya sido su pérdida efectiva.*
2. *Sin embargo, a pesar de una estipulación en contrario, dicha suma puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias.*

Los «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference», estipulan en su Libro III, artículo 3:710, lo siguiente:

- (1) *Cuando los términos que regulan una obligación establecen que el deudor que incumple debe pagar una determinada suma al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a esa suma con independencia de la pérdida efectiva.*
- (2) *Sin embargo, a pesar de una estipulación en contrario, la suma así estipulada en el contrato puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notablemente excesiva en relación con la pérdida ocasionada por el incumplimiento y las demás circunstancias.*

Por otro lado, el artículo 7, 4, 13 de los Principios UNIDROIT de 2004, sobre los contratos comerciales internacionales, prevé que:

1. *Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar la suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.*
2. *No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.*

En relación con lo anterior, destaca al respecto, el trabajo de ARANA DE LA FUENTE¹⁴ y las reflexiones de esta autora acerca de la conveniencia de la moderación judicial de la pena excesiva, cuando razona lo siguiente:

«La modificación judicial de las cláusulas penales excesivas o desproporcionadas no está contemplada en nuestro Código Civil, pero sí en muchos otros Ordenamientos Jurídicos. La cuestión es si existen razones suficientes para incorporarla al nuestro con carácter general.

¹⁴ ARANA DE LA FUENTE, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret* 4/2010, octubre de 2010.

En contra de tal incorporación, se dice que la moderación judicial de la cláusula penal por razón de lo excesivo de su cuantía distorsiona el principio *pacta sunt servanda*, introduce inseguridad jurídica, pone en jaque la finalidad económica de cláusula penal, aumenta la probabilidad de litigiosidad, etc.

No carecen de fundamento estas afirmaciones. Las facultades judiciales de carácter discrecional entrañan, en general, un factor que puede distorsionar la fuerza vinculante de los contratos y generar importantes dosis de incertidumbre. En definitiva, no tengo clara la conveniencia de modificar en este sentido el vigente artículo 1154 del Código Civil. Ahora bien, todo ello no impide reconocer la existencia de razones de peso favorables a la regla contenida en el artículo 1150 de la Propuesta, cuales son:

- 1.^a) Procurar el acercamiento de nuestra normativa a la predominante en Europa. En efecto, nuestro Código Civil es excepcional en este punto, ya que admite la cláusula penal cumulativa o punitiva, pero no autoriza a los jueces para moderar las cláusulas excesivamente onerosas, sino únicamente para modificar la pena cuando la prestación principal haya sido parcial o irregularmente cumplida. Por el contrario, la facultad judicial de moderar las penas excesivas o desproporcionadas, en relación con el daño efectivamente causado por el incumplimiento, está reconocida en la mayor parte de los Ordenamientos europeos continentales, como el italiano, alemán, belga, portugués o francés, entre otros. Se recoge, asimismo, en textos internacionales, como la citada Resolución del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, relativa a las Cláusulas Penales en Derecho Civil (art. 7-1.^o), a cuyo tenor: *«La cantidad estipulada podrá ser rebajada por el juez si fuera claramente excesiva»*; los Principios UNIDROIT, sobre Contratos Comerciales Internacionales (art. 7,4,13); los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9:509); o la Propuesta de Marco Común de Referencia (Libro III, art. 3:710).
- 2.^a) La necesidad de solucionar supuestos extremos de penas manifiestamente excesivas, que puedan proporcionar un beneficio desproporcionado al acreedor en detrimento del deudor, ya que el artículo 1154 del Código Civil no prevé la moderación de la cláusula penal por elevada que sea su cuantía.

Ante la falta de una norma codificada que otorgue a los tribunales la facultad de moderar este tipo de penas, en la doctrina se han propuesto diversas vías, como la aplicación analógica, o la interpretación extensiva, del artículo 1154 del Código Civil; la aplicación de la facultad moderadora reconocida a los tribunales, con carácter general, por el artículo 1103 del Código Civil para casos de incumplimiento no doloso; o la aplicación del principio general que prohíbe el abuso del derecho, recogido en el artículo 7-2.^o del Código Civil. En mi opinión, con el vigente artículo 1154 del Código Civil en la mano, ninguna de estas vías tiene fundamento suficiente. Salvo que dicho precepto se modifique, la pena convencional, por excesiva o desproporcionada que sea, no es susceptible de moderación. Otra cosa es que, como quedó dicho anteriormente, pueda ser calificada de usuraria, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908 (*Gaceta de Madrid* 2006/1908, de 24 de julio), o de abusiva, en la contratación con consumidores, cuando sea contraria a la legislación protectora del consumo, en especial al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de no-

- viembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios de 2007 (BOE, núm. 287, de 30-11-2007), dando lugar a las consecuencias previstas en dichas normas.
- 3.^a) Evitar la inseguridad que provoca la moderación judicial admitida por un sector jurisprudencial. No plantea este problema la doctrina mayoritaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a la cual, las partes son libres de pactar el importe de la pena que tengan por conveniente y que el artículo 1154 del Código Civil no permite al juez rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada».

Asimismo, MARÍN GARCÍA¹⁵, haciéndose eco de la Propuesta y sus diferencias con los textos internacionales citados, expresa que:

«La Propuesta se aleja de la línea mantenida por los Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000), cuyo artículo 9:509(2) posibilita la moderación de la cláusula penal excesiva en relación, entre otras circunstancias, con la cuantía del daño efectivo, pero no solamente. En sentido idéntico, el artículo 7.4.13(2) de los Principios UNIDROIT (2004)20 y el III-3:712(2) del Borrador del Marco Común de Referencia (2009)21. El tenor literal de los tres textos citados permitiría al juez apreciar el daño previsible u otras circunstancias distintas, sin ceñirse al daño efectivo como factor exclusivo a considerar para la moderación de la pena».

MARÍN GARCÍA critica la moderación equitativa de la cláusula penal que propone la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones, al razonar que:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo contraria a la moderación por razones de equidad es constante e incluso ha llegado a puntualizar que el hecho que la pena sea desproporcionada o abusiva es irrelevante a efectos de la moderación.

Además, a pesar de la eventual reforma legal, la moderación de la pena por razones de equidad no encaja en nuestro ordenamiento, pues choca con la rigidez extrema en la revisión de los contratos por cambio de las circunstancias. Por ello, permitir la moderación de la pena por razones de equidad distorsiona el principio *pacta sunt servanda* (art. 1258 CC) al debilitarlo única y exclusivamente cuando se trata de una cláusula penal.

Más aún, la Propuesta no restringe en modo alguno la revisión judicial de la pena por equidad, en contraste con el Derecho alemán, cuyo § 348 HGB exceptiona para los empresarios el principio de mutabilidad de la pena del § 343 BGB26, al no instituir un régimen diferenciado para cláusulas penales pactadas entre profesionales en el ejercicio de su actividad. De hecho, la entrada en vigor del artículo 1150 la Propuesta supondría extender a personas distintas de los consumidores y usuarios una protección que, para colmo, sería más favorable para el deudor que la hasta ahora reservada a estos sujetos en virtud del artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, 30.11.2007)». En relación con la moderación judicial de la pena en caso de incumplimiento parcial y lo que aborda la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones, MARÍN GARCÍA estima que: «La propuesta no se limita a incorporar la moderación por razones de equi-

¹⁵ MARÍN GARCÍA, «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret* 2/2009, mayo de 2009.

dad, sino que suprime la revisión judicial de la pena en caso de incumplimiento parcial, puesto que ni siquiera la menciona. A mi juicio, esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual. El afán de reformar el artículo 1154 del Código Civil ha conducido a una propuesta normativa deficitaria en este punto concreto y, de nuevo, redactada con redundancias (“penas convencionales”, “indemnizaciones”).».

IV. EPÍLOGO

Por lo tanto, podemos observar cómo el remedio de la cláusula penal ante el caso del desistimiento unilateral sin justa causa por parte del arrendatario se ha mostrado en ocasiones como un sistema eficaz para la liquidación de la indemnización de daños y perjuicios sufridos por parte del arrendador sin que el Juzgado correspondiente admitiera la posibilidad de moderación. No obstante, éste tampoco ha sido un criterio unánime en nuestra jurisprudencia, encontrándose resoluciones que sin embargo, sí admitían dicha moderación judicial —pese a no encontrarnos estrictamente ante un supuesto de incumplimiento total *ex art. 1154 del CC*— por razones de equidad, en consonancia con las nuevas tendencias existentes en obligaciones y contratos que se han visto reflejadas en el proceso armonizador del Derecho Privado Europeo, así como en la Propuesta de Modernización de Derecho de Obligaciones.

La situación de incertidumbre anterior se ve claramente despejada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, que cierra la polémica en el ámbito de la contratación de consumidores y usuarios negando la posibilidad de moderación judicial de la pena en los supuestos de cláusulas penales excesivas ante las que el Juez nacional debe proceder a la nulidad y eliminación de las mismas, sin recurso a la integración contractual.

Sin duda lo anterior ha de suponer una gran trascendencia práctica para los arrendamientos de vivienda concertados con anterioridad a la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (*Ley 4/2013, de 4 de junio*) (RCL 2013/841) la que permite ya en la nueva redacción del artículo 11 LAU (RCL 1994/3272) el desistimiento del arrendatario transcurridos seis meses del contrato, habiéndonos facilitado al menos la problemática en cuanto a la interpretación del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tan desafortunada en la práctica jurisprudencial, al menos en cuanto a los arrendamientos de vivienda, puesto que para los contratos concertados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2003, se elimina la exclusividad que hacía el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para fijar el desistimiento y su indemnización para los contratos de arrendamiento de vivienda cuyo plazo de duración fuera superior a cinco años.

Así, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2003 establece lo siguiente:

«Disposición Transitoria primera. Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación.

Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley».

Mientras que el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, modificado por la Ley 4/1993, prevé lo siguiente:

Artículo 11. Desistimiento del contrato

El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.

Por ello podemos concluir que para los contratos de arrendamiento de vivienda anteriores a la Ley 4/1993 en los que sea aplicable el Derecho de Consumo, las cláusulas penales excesivas han de ser eliminadas por el juez nacional en función de la nulidad de las mismas. Sin duda la Ley 4/1993, que modifica el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, simplifica lo anterior al ofrecer el pacto válido que las partes de la relación locaticia pueden estipular en cuanto al desistimiento unilateral *ad nutum* del arrendatario, teniendo presente que la propia nulidad de una cláusula penal que aumentare la cuantificación del daño previsto en el nuevo artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos su régimen de nulidad no sólo previsto por la aplicación de los artículos 83 y 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aplicable en las relaciones de consumo, sino por lo previsto en el propio artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que prohíbe la previsión de regímenes más perjudiciales al arrendatario de aquellos regulados en la propia norma locaticia; nulidad y no moderación si de cláusula penal se tratare al amparo de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes analizada.

Sin embargo, para los arrendamientos de uso distinto de vivienda la cuestión no deja de estar ambigua pese a la reforma locaticia operada por la Ley 4/2003, no sólo por la polémica que ofrecen algunas resoluciones judiciales que continúan aplicando análogicamente —sin fundamento, en nuestra opinión— el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para estos casos, sino por la propia situación que venimos teniendo en cuanto al concepto de consumidor y usuario asumido por el legislador español.

Sin duda, las dudas anteriores sí que podemos considerarlas resueltas para cuando nos encontremos ante un arrendamiento para uso distinto de vivienda (así, de acuerdo el art. 3.2 de la LAU, también, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren) en los que exista relación de consumo con una persona física [por ejemplo, arrendamiento de temporada regulado en el art. 3.2 de la LAU, o incluso para el supuesto de arrendamiento excluido de la legislación especial según el nuevo art. 5.e) de la LAU, que prevé la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de

oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial), ya que la nueva doctrina —o consolidación doctrinal, como se prefiera— establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es clara en cuanto a la eliminación de la cláusula penal excesiva que se estipulare también para estos casos de desistimiento unilateral *ad nutum* del arrendatario, lo que no sucede cuando nos encontremos ante una persona jurídica arrendataria, pese a que la primera opción sea la exclusión de la normativa de consumidores y usuarios a estos supuestos, no es menos cierto que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto legislativo 1/2007) se haya apartado de las Directivas Comunitarias y haya admitido en principio la posibilidad de que una persona jurídica pueda también gozar en determinadas ocasiones de la consideración de consumidora¹⁶.

CÁMARA LAPUENTE¹⁷ analiza el estado de la cuestión bajo el amparo de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, exponiendo lo siguiente: «Dejando de lado algunos fallos judiciales criticables que concedieron *contra legem* protección a sociedades anónimas o limitadas, pocas han sido las sentencias que han tratado directamente la cuestión y también pocas las que han recurrido al expediente —cómodo pero insuficiente por el tenor literal del art. 1 LGDCU y hoy 3 TR— de citar la STJCE, de 22 de noviembre de 2001 (Idealservice) y las Directivas para negar el carácter de consumidor de una mercantil con personalidad jurídica. Según la SAP de Madrid, de 5 de junio de 2006, «es indudable que no puede entenderse la sociedad civil que adquirió la furgoneta, y por lo tanto sus miembros que son los que actúan como parte en este proceso, como consumidores o usuarios a los efectos de la LGDCU». Merecen mención, por escasas, por ser cuestión principal del litigio y por reconocerse la calidad de consumidores a ciertas personas jurídicas, la SAP de Teruel, de 31 de octubre de 2002 (sindicato) y la SAP de Guipúzcoa, de 12 de junio de 2000 (Cruz Roja).

En resumen, bajo la vigencia del artículo 1.2 LGDCU y más como construcción doctrinal que por aplicación jurisprudencial, pues apenas ha sido cuestión litigiosa cuando versaba sobre auténticas personas jurídicas consumidoras, sólo se consideraban como tales las que carecían de ánimo de lucro y no reintroducían en el mercado los bienes o servicios. Así existía acuerdo en considerar posibles consumidoras a las fundaciones y a las asociaciones; y cierta discrepancia en cuanto a las cooperativas».

Sin embargo, tras la entrada en vigor del TRLGDCU de 2007, CÁMARA LAPUENTE restringe el ámbito de personas jurídicas que podrían encontrarse dentro de la definición legal de consumidores y usuarios, al opinar que: «Con la entrada en vigor del nuevo concepto del artículo 3 TR-LGDCU acaso cabría entender que las personas jurídicas incluidas siguen siendo las mismas o quizás defender que es preciso que su objeto social no incorpore una actividad profesional o empresarial. A mi modo de ver, el *ámbito de personas jurídicas comprendidas ha cambiado en un doble sentido: por una parte, siendo el rasgo capital ahora actuar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional y dados los rasgos que pueden definir ésta (actividad económica, habitualidad, organización e independencia) deberían quedar fuera del concepto de consumidores tanto*

¹⁶ Vid. CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de “consumidor” en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español. Aspectos controvertidos o no resueltos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2011), vol. 3, núm. 1, págs. 84-117.

¹⁷ Vid., *op. cit.*, págs. 100 y 101.

las cooperativas como las fundaciones, que revisten esos rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado organización/permanencia/habitualidad por definición *ex* artículo 2 de la Ley 50/2002 y actividad económica *ex* artículo 24.1 de la misma ley) y, en todo caso, en la actualidad cumplen sus fines con actividad y organización claramente profesional. En este sentido, sólo quedarían incluidas las asociaciones, siempre que no lo fuesen de profesionales o de empresarios; así, por ejemplo, una asociación de deportistas sí estaría incluida en el ámbito del artículo 3 TR-LGDCU, si sus miembros son deportistas aficionados o *amateurs*, pero no si son profesionales; en la misma línea, quedarían incluidas asociaciones de vecinos, de carácter festivo, de actividades de ocio, entidades humanitarias de base asociativa, etc. *Por otra parte, no parece que el requisito (negativo) de que la persona jurídica haya de carecer de ánimo de lucro pueda inferirse necesariamente del nuevo tenor legal* (ni del antiguo): en primer lugar, porque la definición de consumidor es única para personas físicas y jurídicas y el ánimo de lucro no es un elemento previsto en relación con el consumidor persona física, ni en Derecho español ni en Derecho comunitario (vid. epígrafe siguiente); en segundo lugar, porque no siendo requisito necesario el ánimo de lucro para cualificar a un empresario o profesional, *a fortiori*, no habría de serlo para perfilar a un consumidor; y en tercer lugar, porque despojado de elementos definitorios de la profesionalidad como la habitualidad o la organización, no se alcanza a ver por qué el ánimo de lucro como criterio en sí mismo habría de dejar desprotegidas a personas jurídicas (asociaciones) en auténticas relaciones de consumo conforme a los artículos 2 y 3 TR-LGDCU (por ejemplo, una asociación de vecinos compra una motocicleta que resulta defectuosa para realizar un sorteo/subasta con claro ánimo de lucro en busca de beneficios para destinarlos a las próximas fiestas vecinales, mejoras en el barrio o ayuda a los vecinos más desfavorecidos).

Sin duda los problemas que venimos arrastrando por la forma en que el legislador español ha traspuesto al Ordenamiento Jurídico español el acervo comunitario de protección de consumidores y usuarios sigue teniendo trascendencia en otros ámbitos pero también en el tema que presentamos. Como conocemos el legislador español ha incorporado el Derecho de Consumo ha sido a través de legislación especial y no a través de la incorporación a nuestro Código Civil, como por ejemplo, sucedió en Alemania, en contra de lo que sucedió en Francia. Las diferencias de aplicación normativa a empresarios y consumidores de la normativa relativa a las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998), también tiene sus repercusiones al respecto¹⁸.

Ambas posibilidades han tenido sus defensores y detractores, pero la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos se ha decantado por la integración normativa y no por la dispersión. Así en su Exposición de Motivos opta por «recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de

¹⁸ Vid. PASQUAU LIAÑO, «Protección de los Consumidores y Código Civil: ¿Integración o Distinción?», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011, págs. 485 y sigs.

Vid. ALBIEZ DOHRMAN, «La integración del Derecho de consumo en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica, o algo más?», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. I, págs. 139 y sigs.

Vid. ALBIEZ DOHRMAN, «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: Una tendencia muy europea», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*, Atelier, 2011, págs. 194 y sigs.

las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido incorporadas a leyes españolas, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor». Así, pese a que en alguna se aluda particularmente al concepto de consumidor en la Propuesta (vid. el art. 1122 sobre la presunción de la regla de no solidaridad), se ha incluido una Sección relativa a los condiciones generales de la contratación regulando todos los contratos de adhesión y remitiendo a la normativa sectorial de consumo cuando el adherente sea consumidor (art. 1262.5), incluyéndose también una Sección para los contratos celebrados con consumidores o usuarios fuera de los establecimientos mercantiles (arts. 1265 y 1266), otra para la protección de los consumidores en los contratos a distancia (art. 1267) y otra relativa a la contratación electrónica (art. 1268).

Pues bien el régimen de la Propuesta de Modernización de Derecho de Obligaciones y Contratos conducente a la moderación equitativa de la cláusula penal¹⁹ y su aspiración de no exclusión de su ámbito de aplicación a las relaciones de consumo tampoco preveía esta posibilidad como la analizada y resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se ha venido a consolidar en el sentido de obligar al juez nacional a la eliminación de la cláusula penal y no moderación de la misma, mediante al recurso integrador general previsto en el artículo 1263 de la Propuesta²⁰.

En suma, demasiadas cuestiones siguen abiertas en esta materia como para que sean dignas de interés y armonización en nuevos trabajos legislativos, así como de consideración por nuestros tribunales, para cohonestar todos los intereses contractuales existentes en la correspondiente relación jurídica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMAN: «La integración del Derecho de consumo en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica, o algo más?», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. I.
- «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: Una tendencia muy europea», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011.
- ALBINANA: «Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez. Homenaje al profesor don Juan Iglesias Prada*. Extraordinario, 2011.
- ALFARO ÁGUILA-REAL: *La arriesgada vida de una abogado general: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93. La sentencia del TJ sobre la reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas*. www.derechomercantilespana.blogspot.com.es.

¹⁹ Vid., para estas influencias, FUENTESeca DEGENEFEE, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», en *Foro, Nueva Época*, núm. 13/ 2011: 61-110.

²⁰ Para un análisis del régimen que ofrece la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos en este particular, vid. BLANDINO GARRIDO, «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011, págs. 239 y sigs.

- ARANA DE LA FUENTE: «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret* 4/2010, octubre de 2010.
- BLANDINO GARRIDO: «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011.
- CÁMARA LAPUENTE: «El concepto legal de “consumidor” en el Derecho Privado europeo y en el Derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2011), vol. 3, núm. 1.
- CARRASCO PERERA: «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677/2005, Parte Comentario.
- *Las cláusulas penales se eliminan sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas*. www.uclm.es/centro/cesco/trabajos1.asp, junio de 2012.
- CLEMENTE MEORO: «Desistimiento del arrendatario para uso distinto de del vivienda e indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 14/2005.
- ESTRUCH ESTRUCH: «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, junio de 2010.
- FUENTESECA DEGENEFEE: «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», en *Foro, Nueva Época*, núm. 13/2011.
- MAGRO SERVET: «El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la LAU», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013.
- MARÍN GARCÍA: «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret* 2/2009, mayo de 2009.
- MORALES MORENO: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- PASQUAU LIAÑO: «Protección de los Consumidores y Código Civil: ¿Integración o Distinción?», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011.
- REBOLLEDO VARELA: «Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2010, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 2010.
- SERRA RODRÍGUEZ: «Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVII, núm. 2153, abril de 2013.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, sentencia de 30 de mayo 2013, C-488/2011.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 14 de junio de 2012 (as. 618/2010).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1993 (RJ 1993/4835).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1995 número 179/1995 (RJ 1995/2777).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de enero de 1996 (RJ 1996/318).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001/6472).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2002 (RJ 2002/6048).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710).

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5586).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre 2010 (*RJ* 2010/7307).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a), de 3 de junio de 1998 (*AC* 1998/5871).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.^a), de 16 de marzo de 2000 (*AC* 2001/2044).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a), de 24 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/60957).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.^a) (272/2002), de fecha 30 de julio de 2002 (*AC* 2002/1315).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de marzo de 2005 (Sección 10.^a) (2005/108910).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero de 2010 (*JUR* 2010/148500).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de noviembre de 2011 (*AC* 2011/2307).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, número 544/2012, de 23 noviembre (*AC* 2013/55).

RESUMEN

DERECHO DE CONSUMO CLÁUSULA PENAL EXCESIVA

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, se consolida la doctrina que prohíbe al juez nacional moderar una cláusula penal excesiva, lo cual es objeto de análisis en el presente trabajo en los supuestos de existencia de cláusulas penales para el desistimiento unilateral ad nutum de un arrendatario.

ABSTRACT

CONSUMER PROTECTION LAW EXCESSIVE PENALTY CLAUSE

The decision given on 30 May 2013 by the First Chamber of the European Court of Justice consolidates the rule that national judges are forbidden to moderate excessive penalty clauses. This paper examines the decision in cases where there are penalty clauses for unilateral ad-nutum withdrawal by a lessee.