



Roj: **STS 511/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:511**

Id Cendoj: **28079110012018100091**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2018**

Nº de Recurso: **1203/2015**

Nº de Resolución: **74/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CU 30/2015,**  
**STS 511/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 74/2018**

Fecha de sentencia: 14/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1203/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA. SECCIÓN 1.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1203/2015

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 74/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 14 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil Tucamar Gestión S.L. representada por el procurador D. José Javier Freixa Iruela bajo la dirección letrada de D. Fernando García Capelo, contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2015 por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cuenca en el recurso de apelación n.º 141/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 402/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cuenca, sobre reclamación de cláusula penal y solicitud de medida cautelar *in audita parte*. Ha sido parte recurrida la sociedad Nuevo Hogar Alameda S.L. representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Villamana Herrera y bajo la dirección letrada de D. Francisco Miguel García Fillol.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- Tucamar Gestión S.L. interpuso demanda de juicio ordinario en la que solicitaba:

«...dicte sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y:

»1.º- Declare que el contrato que vinculaba a Nuevo Hogar Alameda y Tucamar Gestión S.L. fue resuelto por la arrendadora, Tucamar Gestión S.L., por incumplimiento de las obligaciones de pago derivadas del contrato de arrendamiento por parte de la arrendataria, Nuevo Hogar Alameda S.L. dando lugar a la aplicación de la cláusula penal fijada en el contrato.

»2.º- Condene a Nuevo Hogar Alameda S.L. al pago de la cantidad de SETECIENTOS DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS NUEVE EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (717.809,70 €) en aplicación de la cláusula penal recogida en el contrato.

»Todo ello con condena en costas a la parte demandada».

En el «otrosí segundo digo» se solicita la adopción de medida cautelar *in audita parte* consistente en el embargo preventivo de cantidades de acuerdo con los motivos reflejados en dicha demanda.

2.- La demanda fue presentada el 15 de octubre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cuenca y fue registrada con el n.º 402/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Nuevo Hogar Alameda S.L. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«...dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, y parafraseando a los petitum de la parte contraria en el suplico de su demanda:

»Primer Petitum: Declare que el contrato que vinculaba a Nuevo Hogar Alameda S.L. y Tucamar Gestión S.L. fue resuelto por la arrendadora, Tucamar Gestión S.L. de forma inadecuada en diciembre de 2011, por ejecución indebida del aval bancario correspondiente a dicho ejercicio 2011. Y asimismo, que la sentencia del juicio verbal de desahucio por falta de pago, al tratarse de un procedimiento sumario inadecuado para recoger la complejidad de los vínculos que unen a las partes, que no son meramente arrendaticios de inmueble urbano, sino también de explotación de negocio, no han sido debidamente fundamentada su motivación por la sentencia de desahucio y por tanto, todo ello queda explicitado con la solicitud de que en este pleito se declare que el contrato de arrendamiento fue resuelto por la arrendadora, petición que nosotros invocamos de contrario para que se resuelva, en primer lugar, la sentencia, que el contrato fue MAL resuelto por la arrendadora.

»Segundo Petitum: Absuelva a Nuevo Hogar Alameda S.L. del pago de la cantidad reclamada de contrario de 717.809,70 €, en aplicación del carácter disuasorio, que no resarcitorio, de la cláusula penal recogida en el contrato de arrendamiento de inmueble.

»Tercer Petitum: Y todo ello con condena en costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe en la utilización de ambos procedimientos, el verbal de desahucio por falta de pago y ahora el procedimiento ordinario en reclamación de cantidad, enriquecimiento injusto -con daño a terceros-, en aplicación de las medidas cautelares solicitadas como Otrosí segundo digo de la demanda.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cuenca dictó sentencia n.º 8/2014 de fecha 10 de febrero, con el siguiente fallo:



«Desestimando la demanda interpuesta por la procuradora D.<sup>a</sup> Olga Recuenco Garcés en nombre y representación de Tucumán Gestión S.L. debo absolver y absuelvo a Nuevo Hogar Alameda S.L. de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda. Se alza la medida cautelar acordada en la pieza separada y se imponen las costas causadas a la parte actora».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Tucamar Gestión S.L. e impugnada por Nuevo Hogar Alameda S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cuenca, que lo tramitó con el número de rollo 141/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de enero de 2015, cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación ÚNICAMENTE RESPECTO DE LA CONDENA EN COSTAS formulado por la representación procesal de Tucamar Gestión S.L., que resultó impugnado por la representación procesal de Nuevo Hogar Alameda S.L. y DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la impugnación formulada por la representación procesal de Nuevo Hogar Alameda S.L., contra la sentencia de 10 de febrero de 2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cuenca en el Procedimiento Ordinario 402/12 y en consecuencia declaramos que DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS LA RESOLUCIÓN RECURRIDA salvo en lo relativo a la condena en costas de la primera instancia que no se imponen a ninguna de las partes litigantes.

»No se imponen a ninguna de las partes las costas de la presente alzada ni por el recurso de apelación ni por la impugnación de sentencia».

#### **TERCERO** - *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Tucamar Gestión S.L. interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la no aplicabilidad del "control de abusividad" en los contratos negociados, recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 28/05/2014 (n.º 246/2014) y 7/04/2014 (n.º 166/2014), al considerar la sentencia recurrida nula de pleno derecho por abusiva la cláusula penal a pesar de estar pactada en un contrato negociado.

»Segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5/11/2004 (n.º 1034/2004) y 31/10/2001 (n.º 1026/2001), al considerar la sentencia recurrida que existe un enriquecimiento injusto a pesar de que el mismo se encuentra amparado por un negocio jurídico válido.

»Tercero.- Infracción del art. 1255 y 1152 del Código civil, al no dar validez la sentencia recurrida a un pacto legal de cláusula penal suscrito libremente entre las partes.

»Cuarto.- Infracción del artículo 1152, 1255 y 1281 del Código civil, al considerar la sentencia recurrida que la cláusula penal pactada, pese a que dice claramente lo contrario, tiene función liquidadora de los daños y perjuicios.

»Quinto.- Motivo Subsidiario.- Infracción del artículo 1152 y 1255 del Código civil y de la jurisprudencia recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010, n.º 632/2010, STS de 23/10/2012, n.º 615/2012 y 20/05/1986, ponente D. Antonio Carretero Pérez (fundamento quinto), al exigir la sentencia recurrida acreditación de unos daños y perjuicios pese a la existencia de cláusula penal que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, no sólo exime de la prueba de dichos daños, sino que resulta aplicable incluso aunque los daños no se hubieran producido en absoluto».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Tucamar Gestión S.L., contra la sentencia dictada con fecha 21 de enero de 2015 por la Audiencia Provincial de Cuenca Sección 1.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación 141/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 402/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cuenca».



**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

**4.-** Por providencia de 13 de diciembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 30 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Tal y como han quedado probados en la instancia son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes:

**1.-** El 1 de junio de 2005, Redealer Management S.L. y Nuevo Hogar Alameda S.L. celebran un concreto de arrendamiento para uso distinto del de vivienda por el que la primera cede a la segunda en arrendamiento un inmueble, sito en Avda. San Julián n.º 1 de Cuenca y que se destina a residencia geriátrica. Se fija un plazo de diez años de duración del contrato y una renta mensual de 45.075 euros, suma a la que debe añadirse el impuesto del valor añadido aplicable y a la que se le aplicarían las revisiones que resultaran del índice general de precios al consumo.

La cláusula 11 del contrato, bajo el título de «Resolución anticipada. Cláusula penal» establece:

«11.1. Sin perjuicio del plazo de duración establecido en le Estipulación tercera, en presente Contrato podrá ser resuelto por cualquiera de las partes, con indemnización en su caso, de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de la otra parte de cualquiera de las obligaciones derivadas del mismo.

»En particular la Arrendadora estará facultada para resolver el Contrato en el caso de que la Arrendataria incumpla con las obligaciones de pago derivadas del mismo. En este caso, la Arrendataria estará obligada a satisfacer a la Arrendadora, en concepto de cláusula penal, una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) de las rentas pendientes de vencimiento anteriores a 1 de junio de 2010 y de un cuarenta por ciento (40%) por las que sean posteriores a 1 de junio de 2010, todo ello sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado.

»11.2. Asimismo, las partes acuerdan que en el caso de que la Arrendataria resuelva anticipadamente el presente Contrato sin causa justificada, ésta estará obligada a satisfacer a la Arrendadora, en concepto de cláusula penal, una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) de las rentas pendientes de vencimiento anteriores a 1 de junio de 2010 y de un cuarenta por ciento (40%) de las rentas pendientes de vencer desde dicha fecha hasta la finalización del contrato, todo ello sin perjuicio de la facultad de la Arrendadora de reclamar las rentas vencidas y no satisfechas y la indemnización por daños y perjuicios que dicha resolución anticipada le hubiese ocasionado.

»11.3. La Arrendataria manifiesta en este acto que con fecha de hoy han suscrito con la sociedad Complejo Sanitario Alameda S.L. un Contrato de Arrendamiento de Negocio, y declara que la finalización por cualquier causa de dicho Contrato supondrá la terminación del presente Contrato de Arrendamiento».

Consta en efecto en los autos que el mismo día 1 de junio de 2005 Complejo Sanitario Alameda S.L. y Nuevo Hogar Alameda S.L. celebraron un contrato de arrendamiento de negocio por el que la primera cedía a la segunda la gestión del Centro Residencia La Alameda sito en el inmueble que era objeto de arrendamiento en el contrato citado con anterioridad, y al que se hacía mención expresa en el contrato de arrendamiento de negocio.

**2.-** Como consecuencia de la aportación de Redealer Management S.L. a una operación de ampliación de capital, Tucamar Gestión S.L. adquiere el inmueble objeto del contrato de arrendamiento.

**3.-** El 18 de septiembre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Cuenca dicta sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda interpuesta por Tucamar Gestión S.L. contra Nuevo Hogar Alameda S.L., declara resuelto el contrato suscrito el día 1 de junio de 2005 por falta de pago de la renta pactada. La sentencia declara haber lugar al desahucio y condena a Nuevo Hogar Alameda S.L. a que abone a Tucamar Gestión S.L. la cantidad de 226.119,24 euros y las rentas que se vayan devengando hasta el efectivo desalojo de la finca, hecho que se produjo en fecha 8 de octubre de 2012.

**4.-** Producido el desahucio, Tucamar Gestión S.L. arrienda el inmueble a Servicios Médicos Alameda S.L.

**5.-** El 15 de octubre de 2012, Tucamar Gestión S.L. interpone contra Nuevo Hogar Alameda S.L. demanda de reclamación de cantidad derivada de la cláusula penal del contrato de arrendamiento.



Reclama el pago de 717.809,70 euros. Alega que esta cantidad se corresponde, de acuerdo con la cláusula contractual anteriormente transcrita en este mismo fundamento, con el 40% de las rentas pendientes, atendiendo a que: desde que la demandada dejó el inmueble hasta la finalización del contrato el 30 de junio de 2015, quedaban pendientes de vencimiento 32,74 rentas; con las oportunas actualizaciones, la renta mensual a partir de julio de 2012 era de 54.811,37 euros.

Nuevo Hogar Alameda S.L. se opone a la demanda, alegando que el contrato de arrendamiento fue resuelto de forma inadecuada y que en la sentencia de desahucio no se tuvieron en cuenta la complejidad de vínculos existentes entre las partes, que no son solo de arrendamiento de inmueble, sino también de explotación de un negocio. Añade que la finalidad de la cláusula penal era evitar que la arrendadora padeciera daños y que en el caso no los ha habido, puesto que se produjo un nuevo arrendamiento de forma inmediata.

6.- El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda porque considera que la indemnización debe quedar limitada al tiempo en el que el local hubiera permanecido libre y, en el caso, ha quedado demostrado que otra sociedad sustituyó a la anterior arrendataria con carácter automático y sin solución de continuidad.

7. - Recurre en apelación la demandante. La demandada se opone al recurso e impugna la sentencia, solicitando un pronunciamiento sobre el carácter abusivo de la cláusula penal, por desmesurado e imposible cumplimiento dada la falta de patrimonio inicial de la demandada y los variables ingresos que podía obtener de la explotación del negocio.

La sentencia de la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación únicamente respecto de las costas de primera instancia, que no impone a ninguna de las partes, por entender que dada la complejidad del caso existen dudas de hecho y de derecho, pero confirma la sentencia del Juzgado en todo lo demás. Desestima la impugnación de la demandada con el argumento de que *ab initio*, cuando se pacta una cláusula penal, no puede ser abusiva, ya que su finalidad es garantizar el cumplimiento de la obligación y liquidar los daños, y que es el cumplimiento de la cláusula lo que adquiere un carácter abusivo cuando se pretende cobrar a pesar de que el local no haya estado desocupado.

Para desestimar la demanda, la Audiencia Provincial razona: i) que la cláusula penal es abusiva, pues la indemnización debe limitarse al tiempo en el que el local haya permanecido desalojado, ya que en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto; ii) que la declaración de abusividad comporta la nulidad de la cláusula; cita a este respecto sentencias de Audiencias Provinciales sobre cláusulas abusivas en las que se descarta la moderación y se declara la nulidad de la cláusula, así como la sentencia de esta sala de 20 de mayo de 2004 que, en un caso en el que no había cláusula penal entendió que la indemnización por todo el tiempo del contrato producía enriquecimiento; iii) que la función de la cláusula penal, conforme al art. 1152 CC, es la sustitución de la indemnización de daños y en el caso se pactó para evitar que el incumplimiento ocasionase daños al arrendador; puesto que no los ha habido, porque la demandada ha acabado cobrando lo que le debía la demandada y los alquileres devengados con posterioridad se habrán cobrado a la actual arrendataria, no debe pagarse ninguna cantidad. Cita sentencias de Audiencias y de esta sala sobre la renta que debe pagar el arrendatario que desiste del contrato.

**SEGUNDO.**- La demandante interpone recurso de casación por la vía del art. 477.2.2.º LEC, por haber quedado fijada la cuantía del procedimiento en 717.809,70 euros y, por tanto, ser superior a 600.000 euros.

1.- El recurso se funda en los siguientes motivos:

«Primero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la no aplicabilidad del "control de abusividad" en los contratos negociados, recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 28/05/2014 (246/2014) y 7/4/2014 (166/2014), al considerar la sentencia recurrida nula de pleno derecho por abusiva la cláusula penal a pesar de estar pactada en un contrato negociado.

»Segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5/11/2004 (1034/2004) y 31/10/2001 (1026/2001), al considerar la sentencia recurrida que existe un enriquecimiento injusto a pesar de que el mismo se encuentra amparado por un negocio jurídico válido.

»Tercero.- Infracción del art. 1255 y 1152 del Código civil, al no dar validez la sentencia recurrida a un pacto legal de cláusula penal suscrito libremente entre las partes.

»Cuarto.- Infracción del artículo 1152, 1255 y 1281 del Código civil, al considerar la sentencia recurrida que la cláusula penal pactada, pese a que dice claramente lo contrario, tiene función liquidadora de los daños y perjuicios.

»Quinto.- Motivo Subsidiario.- Infracción del artículo 1152 y 1255 del Código civil y de la jurisprudencia recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010, 632/2010, STS de 23/10/2012,





615/2012 y 20-5-1986, ponente D. Antonio Carretero Pérez (fundamento quinto), al exigir la sentencia recurrida acreditación de unos daños y perjuicios pese a la existencia de cláusula penal que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, no sólo exime de la prueba de dichos daños, sino que resulta aplicable incluso aunque los daños no se hubieran producido en absoluto».

En el desarrollo de los motivos primero y tercero, de forma conjunta, el recurrente sostiene: i) que no es aplicable la normativa de protección del consumidor, al tratarse de un contrato entre empresarios; ii) que la cláusula se refería a la resolución por impago; iii) que la cláusula no tiene función liquidadora de los daños y perjuicios (dice: «todo ello sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado»), sino que es una cláusula meramente coercitiva y punitiva, pensada exclusivamente para desincentivar la situación de que el arrendatario permaneciera en el inmueble sin abonar la contrapartida de la renta.

En el desarrollo del motivo segundo alega que no puede apreciarse enriquecimiento injusto cuando la prestación que se solicita nace de un contrato. Añade que la sentencia en la que se basa la Audiencia Provincial (388/2004, de 20 de mayo) se refería a un caso diferente: porque se produjo el desistimiento y no se discutía la aplicación de una cláusula penal, sino la aplicación analógica del art. 11 de la Ley de arrendamientos urbanos a los contratos para uso distinto de vivienda.

En el desarrollo del cuarto motivo alega que el Derecho admite que se pacte una pena con una función coercitiva que no incluya la indemnización de daños, que es lo que de manera clara hicieron las partes en el contrato, por lo que la interpretación notoriamente errónea de la cláusula realizada por la sentencia recurrida vulnera los arts. 1255 , 1152 y 1281 CC .

En el desarrollo del quinto motivo, que dice formular de manera subsidiaria, alega que se han infringido los arts. 1152 y 1255 CC porque, de acuerdo con la doctrina de la sala, la pena pactada con una finalidad coercitiva es exigible aunque no haya daños y que, en todo caso, cuando se resuelve un contrato de arrendamiento por incumplimiento, además de la falta de cobro de la renta se producen otros daños, como la dificultad de negociar cuando se está tramitando un desahucio o el menor precio al que se arrienda el inmueble.

**2.-** La parte demandada sostiene que el recurso debe desestimarse, pero no se opone a los motivos del recurso, sino que hace una alegación nueva. Considera que el recurso debe desestimarse de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus* , teniendo en cuenta la crisis económica, que propició una bajada de los ingresos de las residencias geriátricas frente a la subida del precio del alquiler, que la demandante se negó a renegociar. Cita las sentencias de esta sala de fechas 15/10/2014 , 30/06/2014 y 15/01/2013 .

**TERCERO.-** La cuestión jurídica que se plantea en este recurso de casación es la exigencia de pago de la pena pactada en un contrato de arrendamiento de inmueble para la explotación de un negocio cuando, tras el incumplimiento del arrendatario, el arrendador celebra un nuevo contrato de arrendamiento con un tercero.

La sentencia recurrida considera que se trata de una cláusula penal sustitutiva de la indemnización por incumplimiento y que en el caso no procedía su exigencia puesto que el arrendador no sufrió daño alguno. Basa su razonamiento tanto en la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula como en la necesidad de moderar la pena para ajustarla a los daños que ha causado el incumplimiento del contrato.

El marco normativo y jurisprudencial en el que vamos a resolver el recurso de casación es el siguiente.

1.º) Como recuerdan las sentencias 530/2016, de 13 de septiembre , 44/2017, de 25 de enero y 126/2017, de 24 de febrero , salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores ( art. 85.6 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios ), nuestro Derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el art. 1152.I CC («sí otra cosa no se hubiere pactado») las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios (por todas, sentencia 197/2016, de 30 de marzo ).

2.º) La posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que establece el art. 1255 CC , puesto que no hay un control específico de abusividad para los contratos entre empresarios.

3.º) Es doctrina constante de esta sala la de que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento no procede aplicar la moderación del art. 1154 CC , en el entendimiento de que este precepto solo admite la rebaja cuando se haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido parcialmente ( sentencia 536/2017, de 2 de octubre , con cita de otras anteriores, como las sentencias 384/2009, de 1 de junio , y 708/2014, de 4 de diciembre , entre otras).



Como recuerdan las sentencias 530/2016, de 13 de septiembre , 44/2017, de 25 de enero , y 126/2017, de 24 de febrero , mientras el legislador no modifique el art. 1154 CC , procede estar a esta jurisprudencia. Por mucho que buena parte de la doctrina científica sea partidaria *lege ferenda* de introducir una modificación en nuestro ordenamiento en el sentido propugnado por el art. 1150 de la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009 y, más recientemente, por la «Propuesta de Código civil » elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil y publicada en 2016, que contiene un art. 519-13 del siguiente tenor: «El juez debe modificar equitativamente las penas punitivas manifiestamente excesivas, así como las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

4.º) Esta sala ha dictado varias sentencias en las que el arrendatario pretendía una moderación judicial la cláusula penal incluida en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

i) La sentencia 810/2009, de 23 de diciembre , entendió que no procedía la moderación judicial de la indemnización pactada por las partes sino que, de acuerdo con la prevalencia de la autonomía de la voluntad establecida en el art. 4.3 de la Ley 29/1994 , debía estarse a la voluntad de las partes, toda vez que su libertad solo está condicionada por los establecido en los arts. 6.º.2 y 1255 CC . En el caso de la sentencia 810/2009 , con posterioridad al contrato de arrendamiento, y antes de que se completara el plazo de duración estipulado, las partes alcanzaron un nuevo acuerdo en el que pactaron de manera diferente las consecuencias del incumplimiento, de modo que fijaron una serie de condiciones a partir de las cuales quedaban determinados los daños y perjuicios que debía satisfacer la arrendataria. Se consideró que el nuevo acuerdo ya supuso una moderación de la indemnización y era improcedente volver a objetivarla como pretendía el recurrente.

ii) La sentencia 779/2013, de 10 de diciembre , niega que proceda la moderación de la indemnización pactada para el caso de que el arrendatario pusiera fin al contrato dentro de los cinco primeros años de la vigencia del contrato. Entendió la sala que se imponía el cumplimiento de lo pactado, conforme a los arts. 4.3 de la Ley 29/1994 y 1255 CC y no procedía la moderación del art. 1154 CC porque la arrendataria procedió conforme a lo pactado y no hubo incumplimiento contractual.

iii) La sentencia 300/2014, de 29 de mayo , entendió que en el caso procedía la moderación de una cláusula penal. Ello en atención a que: i) la cláusula penal pactada, que imponía al arrendatario el pago en concepto de indemnización de una cantidad equivalente a toda la renta correspondiente al plazo de contrato pendiente de cumplir, tenía una función liquidadora de daños y perjuicios ( art. 1152 CC ), por lo que no cabía aplicarla automática y enteramente cuando consta que era superior a los que se habían producido realmente; ii) si el arrendatario percibiese la totalidad de la cláusula penal además de las rentas de un nuevo arrendatario se daría un claro enriquecimiento injusto; iii) el principio *pacta sunt servanda* no puede aplicarse por razón de la injusticia y de la desproporción del resultado.

En otros asuntos en los que el contrato de arrendamiento de local incluía una cláusula penal no se ha planteado la cuestión jurídica de la procedencia de la moderación sino su propia aplicabilidad, en atención a los hechos del caso: i) así, en la sentencia 571/2013, de 27 de septiembre , se discutía si al coger las llaves el arrendador renunció a la indemnización (lo que se negó y, por ello, se confirmó la procedencia de la exigencia de la pena pactada conforme a los arts. 4.3 de la Ley 29/1994 y 1255 CC ); ii) en la sentencia 703/2013, de 6 de noviembre , se discutió si la cláusula contractual aplicada en la instancia era la penal que establecía las bases de la indemnización para el caso de abandono del local por el arrendatario una vez iniciada la vigencia del contrato o, como sucedió, la que establecía la obligación de indemnizar los daños ocasionados al arrendador si el arrendatario incumplía su obligación de recepción del local una vez terminadas las obras a la que se comprometió la primera.

5.º) Puesto que la función y el efecto de la cláusula penal dependen de lo pactado, se hace preciso recordar que constituye doctrina reiterada en materia de interpretación del contrato, como recuerda la sentencia 615/2013, de 4 de abril: «[C]omo hemos insistido en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 66/2011, de 14 de febrero , la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación en tanto no se demuestre su carácter arbitrario o irrazonable o la infracción de uno de los preceptos que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de los contratos ( SSTS de 17 de noviembre de 2006, RC n.º 3510/1997 , 27 de septiembre de 2007, RC n.º 3520/2000 , 30 de marzo de 2007, RC n.º 474/2000 ). A este mismo criterio se ajusta la calificación contractual y la determinación del fin jurídico que se pretende en el contrato ( SSTS de 23 de junio de 2003 y 21 de julio de 2006 , 9 de mayo de 2007, RC n.º 2097/2000 )».



De este modo, puede prosperar en el recurso de casación una alegación de disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado.

**CUARTO.-** Dada la íntima conexión entre todos los motivos, se analizan conjuntamente y, por las razones que se exponen a continuación, se estima.

1.ª) En el caso se trata de un contrato entre dos empresarios, por lo que la nulidad de la cláusula solo podría basarse en su contradicción con los límites que impone a la autonomía de la voluntad el art. 1255 CC, pero ni se ha acreditado ni ha sido objeto de debate que el contrato se celebrara en condiciones de abuso de poder del arrendador, ni que la pena fijada en caso de que incumpliera el arrendatario fuera injustificadamente desproporcionada para el objetivo de disuadir su incumplimiento.

2.ª) Tal y como ha quedado reflejado en el primer fundamento de esta sentencia, para el caso de incumplimiento por el arrendatario no se preveía el pago equivalente a las rentas correspondientes a todos los años del contrato que quedarán por cumplir. En última instancia, puesto que no se preveía el pago íntegro de las rentas pendientes, la reclamación de la suma dineraria prevista como pena no era equivalente a una exigencia de cumplimiento del contrato, que hubiera podido resultar incompatible con su resolución.

3.ª) Con la penalización pactada se establecía el derecho del arrendador a percibir un porcentaje de la renta devengable en función del momento en que se produjera el incumplimiento del arrendatario.

El contrato tenía una duración de diez años y la pena se fijaba mediante un sistema escalonado de indemnización articulado en dos tramos. En el caso de que la resolución por incumplimiento se produjera durante la primera mitad de vigencia del contrato, la obligación de pago del arrendatario era de un 25% de las rentas pendientes y si el incumplimiento tenía lugar durante la segunda mitad del plazo de duración del contrato, por tanto cuando más cerca se estaba de su extinción, el porcentaje se elevaba al 40%.

De esta forma, mediante el pacto se fijó la pena en atención a las circunstancias de las relaciones existentes entre las partes, sin que la sentencia recurrida justifique la razón por la que resulta excesiva o desproporcionada, más allá del contraste con los daños lo que, por lo que se dice a continuación, no resulta adecuado.

4.ª) La cuantía de la pena fijada no equivalía a la indemnización por el posible lucro cesante como consecuencia de la resolución. La cláusula penal pactada por las partes, tal y como con claridad resulta de su tenor literal, era una pena que no excluía que se reclamaran los daños que se produjeran por el incumplimiento. La pena, en definitiva, no se dirigía a liquidar de manera anticipada los daños que pudieran causar los incumplimientos a que se refería y era exigible una vez que se produjera el incumplimiento para el que se pactó, con independencia de la acreditación de esos daños. Era improcedente, por tanto, su moderación, que la sentencia recurrida aplica hasta el punto de eliminar su aplicación por entender que no ha habido daños indemnizables, reforzando así su argumento de la nulidad.

5.ª) Por lo que se refiere a la posible aplicación de la cláusula *rebus*, no solo se trata de una cuestión nueva que pretende introducir la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso sin que haya sido objeto de debate en el proceso, sino que además sería incoherente negar nulidad de la cláusula y su moderación hasta el punto de extinguirla y admitir que, con independencia de las razones que ya tuvieron en cuenta las partes al pactar la cláusula penal, el arrendatario podía incumplir el contrato sin atenerse a las consecuencias pactadas.

**CUARTO.-** La estimación del recurso de casación determina que, de acuerdo con lo establecido en el 398.2 LEC, no se impongan las costas de dicho recurso a ninguna de las partes.

De conformidad con los arts. 394.1 y 398.2 LEC no se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de apelación, puesto que el recurso debió ser estimado y se imponen a la demandada las costas de la primera instancia, puesto que se estima la demanda.

Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida de no condena en costas de la impugnación que la parte demandada hizo de la sentencia de primera instancia, puesto que la parte demandante se ha aquietado a este pronunciamiento al no impugnarlo al recurrir en casación.

Conforme al apartado 8 de la disp. adicional 15.ª LOPJ, procede devolver el depósito constituido para interponer el recurso de casación a la parte recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido





1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto Tucamar Gestión S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 21 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, en el rollo de apelación 141/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 402/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cuenca.

2.º- Casar la citada sentencia y en su lugar dictar sentencia por la que, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por Tucamar Gestión S.L., estimamos la demanda y condenamos a Nuevo Hogar Alameda S.L. al pago de la cantidad de setecientos diecisiete mil ochocientos nueve euros con setenta céntimos (717.809,70 €) en aplicación de la cláusula penal recogida en el contrato que vinculaba a las partes y que fue resuelto por Tucamar Gestión S.L. por incumplimiento de las obligaciones de pago de Nuevo Hogar Alameda S.L.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de apelación e imponer a la demandada las costas de la primera instancia.

5.º- Devolver el depósito constituido para interponer el recurso de casación a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.