



Roj: **STS 1230/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1230**

Id Cendoj: **28079110012018100183**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2018**

Nº de Recurso: **1851/2015**

Nº de Resolución: **179/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 904/2015,**
STS 1230/2018,
AATS 4096/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 179/2018

Fecha de sentencia: 03/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1851/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/03/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA. SECCIÓN 4.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1851/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 179/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 3 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Mufra S.A. representada por el procurador D. Ludovico Moreno Martín Rico bajo la dirección letrada de D.ª María Antón Sancho contra la sentencia n.º 108/2015 dictada en fecha 31 de marzo por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el recurso de apelación n.º 21/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 310/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Ibercaja Banco S.A., representada por el procurador D. Javier García Guillén y bajo la dirección letrada de D. Diego Segura Arazuri.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La mercantil Mufra S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Grupo Cajatrés S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia «por la que condene a la parte demandada a abonar a mi mandante la cantidad de 1.083.458,47 ? con condena en costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 27 de marzo de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza y fue registrada con el n.º 310/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Grupo Cajatrés S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia por la que se acordara:

«A.- Moderación de la cláusula penal; en virtud de lo establecido en el artículo 1154 del Código Civil y a la vista del importe reclamado se modifique equitativamente la cuantía reclamada minorándola hasta un importe ajustado a derecho y proporcionado al resarcimiento pretendido por la actora.

»B.- Subsidiariamente y para el supuesto de que el Juzgador no modere la penalización reclamada conforme al artículo 1154 del Código Civil , en aplicación de la regla *rebus sic stantibus* dicte sentencia por la que revise y modifique la penalización reclamada por la actora, estableciendo un importe que evite el desequilibrio y la desproporción que conlleva la cuantía solicitada por la actora.

»C.- En ambos casos rogamus al Juzgador tenga en cuenta que mi representada ya ha efectuado un pago en concepto de daños y perjuicios a la actora por importe de 81.706,27 euros, que se deberá descontar de la cantidad que resulte a indemnizar».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 6 de noviembre de 2014 , con el siguiente fallo:

«Que debo estimar la demanda interpuesta por Mufra S.A. contra Banco Grupo Cajatrés S.A. y condeno a la demandada a pagar a la demandante la cantidad de 1.083.458,47 euros. Las costas procesales causadas se imponen a Banco Grupo Cajatrés S.A.».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Grupo Cajatrés S.A. -hoy Ibercaja Banco S.A. en virtud de fusión por absorción de Banco Grupo Cajatrés S.A. por parte de Ibercaja Banco S.A.-.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 21/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2015 , con el siguiente fallo:

«Se estima el recurso interpuesto por Banco Grupo Cajatrés, ahora Ibercaja Banco S.A., contra la sentencia dictada en los autos de los que derivan el presente rollo, y con revocación de la sentencia de instancia se reduce la indemnización a la cifra de 153.290,04 euros, sin otros intereses que los prevenidos en el art. 576 LEC desde la notificación de la presente sentencia.

»Sin costas en ninguna de las dos instancias...».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- Mufra S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue el siguiente:

«Único.- Infracción de los artículos 286 en relación con el 271.2 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que regula el trámite de la alegación de hechos nuevos y prueba en segunda instancia».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 1255 del Código Civil en relación con el artículo 4.3 de la Ley de Arrendamientos urbanos .

»Segundo.- Infracción del artículo 1281 CC .

»Tercero.- Infracción del artículo 1154 del Código Civil .

»Cuarto.- Infracción de la interpretación y aplicación del principio de enriquecimiento injusto como principio general del derecho, fuente de obligaciones al amparo del artículo 1 CC .

»Quinto.- Infracción del artículo 1152 CC .

»Sexto.- Infracción de los principios de buena fe y prohibición de abuso de derecho recogidos en el artículo 7 CC .

»Séptimo.- Infracción de la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*».

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 15 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Mufra S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 31 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, en el rollo de apelación 21/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario 310/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza».

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.

4.- Por providencia de 19 de febrero de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de marzo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para la resolución del presente recurso, tal y como han quedado acreditados en la instancia, los siguientes:

1.- El 1 de junio de 2002 Mufra (en el documento aparece Maplan pero, con posterioridad, Mufra, la verdadera propietaria del local, acepta y ratifica el contenido del contrato) y Galerías Primero (sociedad que ejercía actividad de distribución y supermercado) otorgaron un contrato de arrendamiento del local de negocio sito en la calle Doctor Pérez Serrano n.º 3-5-7 de Zaragoza. Se pactó una renta de 17.653,05 euros (revisable conforme al IPC) y un plazo de duración del contrato de veinticinco años, prorrogable tácitamente año a año una vez concluido el periodo de vigencia inicial. Según el contrato, transcurrido el primer año, la arrendataria podía dar por finalizado el arrendamiento mediante un preaviso de al menos tres meses de antelación sin que la arrendadora pudiera reclamar cantidad alguna por el vencimiento anticipado.

El 3 de marzo de 2006, Mufra y Galerías Primero firmaron un anexo al citado contrato de arrendamiento con el único objeto de modificar la cláusula primera en el sentido de que la duración del contrato de arrendamiento pasaba a ser de treinta años a contar desde la firma del anexo.

El mismo día 3 de marzo de 2006, de una parte, Mufra, Maplan y Mojae Inmobiliaria y, de otra, Galerías Primero, firmaron un anexo general, referido al contrato litigioso y a otros contratos de arrendamiento existentes entre las partes, por el que acordaron:

«I.- Que, con fecha de hoy, Galerías Primero S. A. ha suscrito Anexos a Contratos de Arrendamiento y Contratos de Arrendamiento de inmuebles y locales propiedad de las otras comparecientes, cuya fotocopia se deja unida a este documento.



- »II.- Que dichos contratos y anexos establecen el plazo de arrendamiento en treinta años desde la fecha de hoy.
- »III.- Que Galerías Primero S. A. se compromete a no rescindir unilateralmente los contratos por voluntad propia durante el plazo de diez años a contar desde el día de hoy, y en caso contrario vendrá obligado a indemnizar a la arrendadora por las rentas pendientes hasta cumplir dicho plazo.
- »IV.- Que una vez cumplido el citado plazo Galerías Primero S. A., se compromete a abonar con carácter extraordinario y por una sola vez el importe de una mensualidad que satisfaga en ese momento de todos los citados contratos.
- »V.- En todo lo no modificado en este documento, continúan en vigor y producen todos sus efectos los referidos Contratos de Arrendamiento y Anexos de Contrato».

El 28 de septiembre de 2010, la entidad Grupo El Árbol, Distribución y Supermercados notificó a Mufra que había absorbido a Galerías Primero y que, por tanto, le sucedía universalmente en todos los derechos y obligaciones, de modo que el contrato de arrendamiento se mantenía vigente, si bien a nombre de El Árbol.

El 22 de febrero de 2013, Grupo El Árbol puso en conocimiento de Mufra que había llegado a un acuerdo con Banco Cajatrés para la cesión del contrato de arrendamiento de 1 de junio de 2002 y posteriores novaciones, con efectos desde el 28 de febrero de 2013.

El 26 de febrero de 2013, Banco Cajatrés comunicó a Maplan su decisión de resolver el contrato por falta de interés en ocupar la posición de arrendataria del local y ofreció el pago de la renta equivalente a tres meses.

El 24 de julio de 2013, Mufra requirió a Banco Cajatrés el pago de todas las cantidades pendientes de pago correspondientes a la renta (incrementada en un 20% como consecuencia de la cesión), desde marzo de 2013 a marzo de 2016.

El 31 de julio de 2013, Banco Cajatrés abonó a Mufra 81.706,27 euros en concepto de tres meses de renta y cantidades asimiladas y negó que debiera abonar las cantidades correspondientes a la renta que se devengaría hasta marzo de 2016 así como el incremento del 20% de la renta.

Mufra, Maplan, Mojae Inmobiliaria y Galerías Primero formaban parte del mismo grupo de empresas pertenecientes a la familia Bernabe . Entre 2004 y 2006, a través de diferentes acuerdos, Galerías Primero fue vendida a terceros. El mismo día 3 de marzo de 2006 en el que se firmó el citado anexo general a los contratos de arrendamiento, la familia Bernabe terminó de vender su participación en la sociedad Galerías Primero.

2.- El 24 de marzo de 2014, Mufra demandó a Cajatrés y solicitó su condena al pago de 1.083.458,47 euros, cantidad resultante de descontar la suma ya abonada por la demandada de las cantidades pendientes de pago de la renta, que exigía (con el citado incremento del 20% desde la cesión) desde marzo de 2013 a marzo de 2016.

La demandante razonó que el contrato de arrendamiento se regía por la voluntad de las partes (art. 4.3 LAU) y que tal voluntad quedó plasmada en el contrato de arrendamiento de 2002, modificado en el año 2006. Alegó que tal modificación de ampliación del plazo del arrendamiento y obligación de la arrendataria de respetar el contrato durante al menos diez años se explicaba en el contexto de la venta de la empresa a CAI y Nozar, puesto que finalmente se fijó un precio más bajo en la venta de las acciones a CAI pero a cambio se acordó modificar los contratos de arrendamiento.

En su contestación a la demanda Cajatrés opuso que la venta de Galerías Primero a CAI (que en 2011 se integró en Cajatrés) y a Nozar era algo totalmente ajeno a la modificación del contrato de arrendamiento, como resultaba del hecho de que esta modificación se llevara a cabo en documento privado mientras que en las escrituras de venta de Galerías Primero no se hizo ninguna referencia a tal modificación del arrendamiento. Añadió que tal modificación fue irregular, que había habido auto contratación, ya que en el momento de firma de los anexos a los contratos de arrendamiento los locales pertenecían a sociedades que eran del mismo grupo empresarial que la arrendataria (Galerías Primero) y que tal modificación, que gravaba claramente a la arrendataria en beneficio del arrendador, se produjo el mismo día en que el arrendador transmitía a terceros su participación en la arrendataria, sin que los nuevos propietarios de la arrendataria consintieran la modificación contractual.

Cajatrés alegó también que la demandante había rechazado inicialmente la validez de la cesión para acabar reclamando después un incremento de la renta por tal cesión, así como el pago de las rentas hasta marzo de 2016, lo que resultaba excesivo y desproporcionado, puesto que la demandante recuperó la posesión del local desde el mismo instante de la resolución en marzo de 2013, lo que le permitió poner el local en alquiler. Alegó también que la renta era notablemente superior a la existente en el mercado, que no procedía el incremento del 20% porque no se devengó ninguna renta tras la cesión, ya que se produjo de forma simultánea la cesión



y la resolución. Concluyó sosteniendo que, en todo caso, procedería la moderación conforme al art. 1154 CC , ya que, de los diez años pendientes el contrato se cumplió durante siete, por lo que el incumplimiento no sería total. Añadió que también procedería la moderación conforme a la cláusula *rebus sic stantibus* , dado que en marzo de 2006 la crisis inmobiliaria era imprevisible y desde entonces se había producido una bajada en los precios del alquiler de los locales.

3.- El Juzgado estimó la demanda y condenó a la demandada a abonar 1.083.458,47 euros.

En primer lugar, la sentencia advirtió que, si bien la demandada denunció las irregularidades que a su entender se produjeron para que se firmaran precisamente el 3 de marzo de 2006 los anexos al contrato de arrendamiento, de los que derivaba la demanda, nada de ello tenía interés para lo que se debatía en el procedimiento, desde el momento en que en los autos no se discutía la realidad de la firma de dichos anexos que modificaron el contrato de arrendamiento ni la demandada formuló reconvencción alguna que pudiera llevar a declarar la nulidad de esos acuerdos o su ineficacia (en la audiencia previa la propia demandada lo admitió).

Partiendo de la prueba documental, la sentencia afirmó que:

«Ha quedado acreditado que la anterior arrendataria Grupo El Árbol Distribución y Supermercados S.A. que absorbió a Galerías Primero, S.A. cedió el contrato de arrendamiento a la demandada, lo que se comunicó a la demandante el 28 de febrero de 2003. Debe indicarse que Grupo El Árbol Distribución Supermercados, S.A. debía tener conocimiento de los anexos, pues en la carta que remite a Mufra, S.A. de fecha 22 de febrero de 2013, hace referencia al acuerdo al que ha llegado con Banco Grupo Caja Tres, S.A., para la cesión del contrato de arrendamiento de fecha 1 de junio de 2002 y posteriores novaciones al mismo. En virtud de dicha cesión la arrendadora tiene derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a elevar la renta un 20%. En el anexo de 3 de marzo de 2006 se acuerda que Galerías Primero, S.A. se compromete a no rescindir unilateralmente los contratos por voluntad propia durante el plazo de diez años a contar desde esa fecha y en caso contrario vendrá obligado a indemnizar a la arrendadora por las rentas pendientes hasta cumplir dicho plazo. Dado que la arrendataria, en este caso Banco Grupo Caja Tres, S.A., procedió a desistir unilateralmente del contrato antes del plazo pactado, deberá indemnizar a la demandante con las cantidades solicitadas en la demanda (ya se han descontado los 81.706,27 euros que abonó la demandada en su momento)».

A continuación, la sentencia descartó que procediera moderar la cláusula penal en atención a las siguientes razones:

«De acuerdo con lo expresado reiteradamente por la jurisprudencia la facultad moderadora prevista en el art. 1154 CC , no procede cuando la obligación principal se incumple totalmente o cuando el incumplimiento defectuoso o parcial es precisamente el supuesto pactado que determina la aplicación de la pena (entre otras, STS 10 mayo 2001 y 12 de marzo de 2012). Por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2014 señala que: "En efecto, de acuerdo con este régimen de aplicación, la facultad judicial de moderación equitativa de la pena procede, en general, cuando la configuración de la obligación penal establecida responde o se programa en consideración del incumplimiento total de la obligación, supuesto que permite dicha moderación en atención a la trascendencia o alcance de los incumplimientos parciales o irregulares realizados art. 1154 CC). Sin embargo, cuando la obligación penal se aleja de este plano indemnizatorio del incumplimiento contractual en aras a la previsión específica de otros hechos relevantes de la relación contractual, caso que nos ocupa, en donde se penaliza el desistimiento unilateral del vínculo contractual por alguna de las partes, la valoración judicial respecto al alcance patrimonial, o "exceso" de dicha pena queda excluida y, por tanto, fuera de la facultad de moderación (STS 1 de junio de 2006, 384/2009), a semejanza de lo que ocurre cuando el hecho previsto es el propio incumplimiento parcial o irregular de la obligación, tal y como argumenta la parte recurrente. En este contexto, la producción del evento específicamente previsto, en nuestro caso, el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales que pudieran derivarse. Todo ello, acorde con el principio dispositivo de las partes".

»La STS de 23 de septiembre de 2013 señala , con cita de las de 20 junio 2007 , 1 de junio de 2009 , 4 mayo 2011 : "Por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes, artículo 1255 del Código civil) y al efecto vinculante de la regla contractual (*pacta sunt servanda* : artículo 1091 del Código civil) rechaza la exigibilidad de la moderación que el artículo 1154 establece cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación producido".

»La demandada, en virtud de otras relaciones contractuales con el anterior arrendatario acuerda la cesión del contrato, para luego, por no tener interés en su mantenimiento, inmediatamente pedir la resolución unilateral del mismo, lo que puede hacer de acuerdo a lo pactado, pero haciendo frente a la indemnización acordada».



La sentencia descartó igualmente que en el caso se hubiera producido una alteración sustancial de las circunstancias que diera lugar a la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. A este respecto afirmó lo siguiente:

«Como indica la STS de 17 de enero de 2013 citada por la demandada "la cláusula o regla *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos (p. ej. SSTS 10-12-90, 6-11-92 y 15-11-00)".

»En nuestro caso la demandada es una entidad bancaria, que ha devenido arrendataria del local litigioso en virtud de otros compromisos asumidos con la anterior arrendataria y si ha decidido resolver el contrato no ha sido por esa alteración sustancial de las circunstancias económicas que hicieran inasumible el mantenimiento del contrato (independientemente de que en el momento actual las rentas arrendaticias para un local como el de autos hayan podido bajar, como indica el informe pericial y es de común conocimiento), sino porque no le interesaba el arrendamiento en sí del local litigioso, que asume mediante cesión para inmediatamente desistir del mismo».

4.- El 9 de diciembre de 2014, Ibercaja Banco (que con fecha 1 de octubre de 2014 había absorbido a Banco Grupo Cajatrés) interpuso recurso de apelación.

La Audiencia Provincial estimó el recurso y dictó sentencia por la que revocó la de primera instancia y redujo la indemnización que debía pagar la demandada a la cifra de 153.290,04 euros, sin otros intereses que los del art. 576 LEC desde la notificación de la sentencia.

La sentencia de la Audiencia Provincial parte de las siguientes consideraciones:

1) En sede de arrendamientos urbanos hay un tratamiento específico de la moderación de la cláusula penal, «que trae causa del carácter de tracto continuado del contrato, que tras la recuperación de la posesión del arrendador puede el mismo volver a poner el local en el mercado. Y es potencialmente posible, según las condiciones del local y del mercado, que obtenga una renta del mismo local, lo que conduciría a un enriquecimiento injusto que se compadece mal con la finalidad de la cláusula penal que no deja de ser un mecanismo resarcitorio de unos daños efectivos sufridos por el arrendador. No un medio de lucro del mismo sin contraprestación alguna».

2) Apoya su razonamiento en la sentencia de esta sala de 29 de mayo de 2014 (rec. 449/2012), que recoge las razones que justifican la moderación de la cláusula penal en los casos de desistimiento de la relación contractual arrendaticia, sintetiza la doctrina sobre la cláusula penal ante el incumplimiento de la duración del contrato y añade que la jurisprudencia en materia de desistimiento en el arrendamiento urbano, sea la cláusula prevista en la Ley de arrendamientos o sea en pacto contractual «ha sido la contraria».

3) Razona que la sentencia de esta sala de 10 de diciembre de 2013 (rec. 2237/2011), en la que se apoya la parte demandante, contempla un supuesto que no constituye cláusula penal, mientras que en el caso litigioso sí hay una cláusula penal, según la cual: «Que Galerías Primero S.A. se compromete a no rescindir unilateralmente los contratos por voluntad propia durante el plazo de diez años a contar desde el día de hoy. Y en caso contrario vendrá obligado a indemnizar a la arrendadora por las rentas pendientes hasta cumplir dicho plazo».

La sentencia recurrida considera relevante que la cláusula litigiosa utilice el término «indemnizar» y afirma que «esta cláusula se aleja de la que se afronta en la sentencia citada de 10 de diciembre de 2013, en la que el plazo de duración pactado era potestativo para el arrendatario y aquí, como en el supuesto de la STS 29 de mayo de 2014, el plazo es obligatorio para el mismo arrendatario, de suerte que su incumplimiento se configura como una verdadera cláusula penal».

4) Finalmente la sentencia recurrida considera que:

«La verdadera razón por la que, en sede arrendamientos urbanos, la jurisprudencia matiza su constante doctrina sobre la moderación de la cláusula penal prevenida para los supuestos de incumplimiento parcial es la de prevenir un enriquecimiento injusto. Y lo es porque a diferencia de otros vínculos contractuales que se basan y conllevan comportamientos o prestaciones personales, el de arrendamiento, aun siendo un contrato obligacional, tiene por objeto una finca, un bien patrimonial, que es susceptible de generar rendimientos a su titular.

»De suerte que, si ese incumplimiento se termina traduciendo, como es el caso, en que ese bien patrimonial vuelve a la plena disponibilidad del arrendador, y si existe una situación de mercado que haga probable



y verosímil que la finca se incorpore otra vez a ese tráfico jurídico generando rentas otra vez a favor del arrendador, se terminaría produciendo un enriquecimiento sin causa a favor del arrendador y en perjuicio del arrendatario. Son estas poderosas razones las que llevaron al Tribunal Supremo a apartarse de la literalidad del art. 56 del T.R. de la LAU de 1964, en solución que ha sido mantenida hasta la actualidad.

»En efecto si se repara en las consecuencias de la aplicación de una cláusula penal sin moderación en contratos en los que el bien patrimonial vuelve a la esfera posesoria de su titular, aquí el arrendador, se dará la paradójica situación, que jurídicamente no es aceptable, de que al mismo le resulta más conveniente y tiene un potencial mayor beneficio si su deudor incumple que si cumple, pues para el primer caso puede llegar a duplicar el beneficio al poner el bien otra vez en el tráfico jurídico».

5) En razón a ello la sentencia recurrida concluye que, en atención a que «(i) el arrendador terminó aceptando la resolución del contrato, (ii) la renta parámetro de la cláusula penal, estaba completamente fuera de mercado, (iii) el arrendador volvió a poner el local a alquilar, (iv) ha logrado su alquiler de manera efectiva, la sala considera prudente fijar como indemnización la que pudiera corresponderse a un año de la renta fijada parcialmente como renta de mercado, esto es 153.290,04 euros, a añadir a la cantidad que ya ha percibido el arrendador».

5.- La parte demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Solicita que se case la sentencia de la Audiencia, se estime la demanda y se condene a Ibercaja Banco al pago de 1.083.458,47 euros.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del art. 286 en relación con el art. 271.2 LEC, que regula el trámite de la alegación de hechos nuevos y prueba en segunda instancia.

En su desarrollo expone que el 3 de febrero de 2015 la demandada presentó en la Audiencia Provincial documental consistente en acta notarial alegando hecho nuevo para su inclusión en los autos del procedimiento entonces pendiente de resolución de recurso de apelación. En concreto, se trataba de un acta notarial de presencia de fecha 28 de enero de 2015 en la que el notario D. Luis Ignacio Leach Ros daba fe de que las fotografías que se incorporaban al acta coincidían con las que se encontraban distribuidas a lo largo de la fachada del local litigioso y del que resultaría que el mismo habría sido alquilado después de dictarse sentencia de primera instancia, lo que consideraba relevante para este caso. Por diligencia de ordenación de fecha 9 de febrero de 2015 se acordó dar traslado a la demandante, entonces recurrida, para que en plazo de cinco días se procediera según el art. 286.2 LEC, esto es, para que manifestara si reconocía como cierto el hecho alegado o lo negaba. Mufra presentó escrito por el que negó que el acta aportada constituyera un hecho nuevo y el 23 de febrero de 2015 la Audiencia dictó providencia en la que acordó tener por aportada el acta notarial adjuntada por la entidad demandada- apelante junto con su escrito de ampliación de hechos y por hechas las manifestaciones de los escritos de ambas partes. La sentencia de la Audiencia de 31 de marzo de 2015 en su fundamento de derecho sexto dice que la demandante «iv) ha logrado su alquiler de manera efectiva».

Concluye la recurrente que todo ello constituye infracción de las reglas que regulan la tramitación procesal establecida para la alegación de hecho nuevo en segunda instancia.

El motivo se desestima pues, como dice la parte recurrida en su escrito de oposición, se cumplieron con todos los trámites previstos en la ley y, en concreto, en el art. 286 LEC, sin que las actuaciones practicadas y resoluciones dictadas hayan vulnerado ninguna de las exigencias previstas en el citado artículo. La demandante pudo alegar lo que tuvo por conveniente (en particular, alegó que el hecho no era relevante) y ahora no justifica qué infracción daría lugar a indefensión o pudiera ser determinante de la nulidad.

Recurso de casación.

TERCERO.- El recurso se funda en siete motivos. Todos ellos se dirigen a rebatir la moderación de la indemnización por resolución anticipada del contrato de arrendamiento estimada por la Audiencia.

El motivo primero denuncia infracción del art. 1255 CC en relación con el art. 4.3 LAU. El motivo segundo denuncia infracción del art. 1281 CC. El motivo tercero denuncia infracción del art. 1154 CC. El motivo cuarto denuncia infracción de la interpretación y aplicación del principio de enriquecimiento injusto, principio general del derecho que es fuente de obligaciones al amparo del art. 1 CC. El motivo quinto denuncia infracción del art. 1152 CC. El motivo sexto denuncia infracción de los principios de buena fe y prohibición de abuso de derecho de derecho recogidos en el art. 7 CC. El motivo séptimo denuncia infracción de la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En su escrito de oposición al recurso, la demandada recurrida, tras señalar que el único objeto del recurso es la procedencia de la moderación de la indemnización/penalización realizada por la Audiencia, afirma: i) que



la pena está sobredimensionada, es desproporcionada y magnifica los perjuicios reales que la resolución del contrato generó a la propiedad; ii) que la jurisprudencia admite la moderación en casos como el litigioso en atención a la equidad y justicia material; y iii) que procede la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

CUARTO.- La cuestión jurídica que se plantea en este recurso de casación es la de si, en atención a las circunstancias, procede el cumplimiento de lo pactado o si debe moderarse la cantidad que resulta de lo previsto en el contrato para el caso de que el arrendatario desistiera del mismo. La sentencia recurrida consideró procedente la moderación en atención a las siguientes consideraciones: que lo pactado fue una cláusula penal que establecía la obligación de «indemnizar» a cargo del arrendador si incumplía el plazo obligatorio y que el arrendador volvió a poner el local en alquiler, por lo que la falta de moderación daría lugar a un enriquecimiento injusto.

Todos los motivos del recurso se dirigen a impugnar este pronunciamiento, por lo que se abordan de modo conjunto para resolver el recurso que, por las razones que se exponen a continuación, debe ser estimado.

1.ª) En el caso, el contrato fue negociado por dos empresas, dedicada al alquiler de bienes inmuebles la arrendadora y a la distribución de mercancías la arrendataria (que, en virtud de la cesión del contrato, fue sustituida en el contrato por la demandada, después absorbida por la ahora recurrida).

2.ª) En los arrendamientos de negocio rige la libertad de pactos (art. 4.3 LAU y art. 1255 CC), lo que incluye la libertad de introducir en el contrato un pacto por el que se atribuya a una de las partes la facultad de poner fin a la relación contractual, así como la posibilidad de pactar la cantidad que deberá pagarse por el ejercicio de esta facultad.

3.ª) Las sentencias de esta sala sobre moderación de la cantidad pactada en caso de desistimiento en contratos de arrendamiento de local de negocio han alcanzado soluciones distintas en función de las circunstancias del caso.

Así, la sentencia 300/2014, de 29 de mayo , confirmó la sentencia que había moderado la indemnización pactada, en un caso en el que el contrato estableció como indemnización la cantidad equivalente a la totalidad de las rentas correspondientes al plazo de contrato de arrendamiento de local pendiente de cumplir. En cambio, la sentencia 779/2013, de 10 de diciembre , consideró que no procedía moderar la indemnización pactada en el caso de un contrato a veinte años en el que las partes acordaron que si la arrendataria extinguía el contrato dentro del plazo inicial de cinco años debería abonar el importe de las rentas que faltaren por devengar hasta completar el indicado plazo de cinco años. En ambos supuestos, con una terminología imprecisa, los contratos hablaban de «resolver» y de «indemnizar».

4.ª) En el supuesto que da lugar al presente recurso, las partes ampliaron la duración del contrato inicialmente pactada de veinticinco a treinta años a partir de la modificación del contrato. Durante esos treinta años, la arrendadora quedaba comprometida a ceder el uso del local a la arrendataria, mientras que esta solo estaba obligada a mantener el contrato durante los diez primeros años.

A juicio de esta sala no resulta irrazonable que en un contrato que tiene una duración de treinta años se garantice el pago de la renta durante los diez primeros años y se exija a la arrendataria que quiere salir del contrato con anterioridad el pago de esa penalización.

Literalmente, la arrendataria se comprometía «a no rescindir unilateralmente los contratos por voluntad propia durante el plazo de diez años» y, en caso contrario, quedaba obligada «a indemnizar a la arrendadora por las rentas pendientes hasta cumplir dicho plazo». En definitiva, con independencia de las imprecisiones terminológicas, se atribuyó a la arrendataria una facultad de desistimiento anticipado a cambio de pagar el importe equivalente a las rentas pendientes hasta cumplir el plazo de diez años si ponía fin al contrato antes de ese momento. La suma que debía pagar la arrendataria sería menor a medida que la extinción del contrato se produjera en fecha más próxima a los diez años y, pasado el plazo de los diez años, la arrendataria quedaba obligada a pagar por una sola vez el importe de una mensualidad.

En el caso, la entidad que pasó a ocupar el lugar de la arrendataria (por absorción de quien adquirió el contrato por cesión) puso fin al contrato cuando quedaban tres años para el citado plazo de diez y la arrendadora, de acuerdo con lo pactado, no pide la renta correspondiente a todos los años de cumplimiento del contrato (treinta años), sino que lo que pide es el pago de las rentas correspondientes a esos tres años.

5.ª) Partiendo de la razonabilidad de la cláusula contractual no se puede reprochar a la arrendadora la diligencia mostrada al buscar un alquiler sustitutorio una vez que se produjo la recuperación de la posesión del local como consecuencia de la extinción del contrato de arrendamiento por voluntad de la arrendataria.

Lo contrario equivaldría a incentivar a los arrendadores para que no pongan en el mercado nuevamente el local después de la extinción del contrato, máxime si se tiene en cuenta los argumentos de la demandada



acerca del escenario de la bajada de los precios de alquiler como consecuencia de la crisis. Si la propietaria del local, según se dice en el caso, tuvo la oportunidad de alquilar rápidamente, ello no puede conducir a exonerar a la arrendataria del cumplimiento de lo pactado, pues al fijarse por acuerdo de las partes el plazo de diez años de pago de la renta solo quedaba a cargo de la arrendadora el riesgo de no volver a alquilar transcurrido ese plazo. El riesgo de no encontrar un alquiler de sustitución durante los diez primeros años quedaba a cargo de la arrendataria, de acuerdo con la cláusula pactada. El hecho de que se llegara a concertar un nuevo arrendamiento con un tercero después de la extinción del contrato y antes de los diez años no permite una moderación de la cuantía fijada en el contrato prevista, precisamente, para el desistimiento durante los diez primeros años de contrato (art. 1154 CC).

6.ª) Puesto que la doctrina del enriquecimiento injusto se dirige a corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, no puede apreciarse tal cosa por el cumplimiento de lo previsto libremente por las partes en un contrato que no ha sido invalidado y respecto del que la parte demandada, que invoca irregularidades en su otorgamiento, no ha ejercido acción específica alguna mediante reconvencción. Por lo dicho, la cantidad exigida según el contrato no carece de causa, lo que constituye uno de los presupuestos requeridos para la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.

7.ª) La arrendataria demandada ha mantenido en las distintas fases del procedimiento la procedencia de la moderación por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, alegando que la renta pactada en la fecha en la que se modificó el contrato de arrendamiento estaba muy alejada del mercado de alquiler cuando se produjo el desistimiento.

Frente a este argumento hay que decir que, suponiendo que la caída de precios a que se hace referencia pudiera considerarse un acontecimiento imprevisible que alterara la economía del contrato tal y como fue prevista por las partes al contratar, lo cierto es que la demandada no puso fin al contrato de arrendamiento que adquirió por cesión por esta razón, sino porque no le interesaba y, en cualquier caso, sería improcedente moderar al amparo de la *rebus* una penalización que se ha considerado razonable en atención a las circunstancias y que distribuía entre las partes los riesgos asociados a la mayor o menor tardanza en lograr un alquiler de sustitución.

QUINTO.- Por todo lo anterior, no procedía moderar la cuantía de la suma que según el contrato debía pagar la arrendataria al extinguirlo por su sola voluntad.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y confirmar la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas, por ajustarse al art. 394.1 LEC .

SEXTO.- Conforme a los arts. 394 y 398 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación.

Se imponen a la demandada las costas de la apelación, puesto que su recurso debió ser desestimado.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Mufra S. A. contra la sentencia dictada, con fecha 31 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, en el rollo de apelación 21/2015 .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º.- En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la Ibercaja Banco S. A. y confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza, de fecha 6 de noviembre de 2014 .

4.º.- Imponer a Mufra S. A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- No imponer las costas del recurso de casación.

6.º- Imponer a Ibercaja Banco S. A. las costas de la apelación.

7.º- Declarar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito para interponer el recurso de casación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ