



Roj: **STS 1380/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1380**

Id Cendoj: **28079110012022100284**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2022**

Nº de Recurso: **3735/2020**

Nº de Resolución: **281/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 793/2020,**
ATS 6456/2021,
STS 1380/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 281/2022

Fecha de sentencia: 04/04/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3735/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MÁLAGA, SECCIÓN 5.ª

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3735/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 281/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 4 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Parque Miramar, S.L., representada por el procurador D. Antonio Castillo Lorenzo, bajo la dirección letrada de D. Rafal Medina Pinazo, contra la sentencia n.º 97, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación n.º 203/2019, dimanante de las actuaciones de juicio verbal n.º 856/2018, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Fuengirola. Ha sido parte recurrida Natur Sport Fitnes, S.L., y D. Cipriano, representados por el procurador D. Álvaro Jiménez Rutllant y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Federico Harras Miró.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Antonio Castillo Lorenzo, en nombre y representación de Parque Miramar, S.L., interpuso demanda de juicio verbal de desahucio por expiración de plazo y reclamación de cantidad contra Natur Sport Fitnes, S.L., y D. Cipriano, en la que solicitaba:

"A. Declare resuelto por expiración del plazo máximo contractual pactado el contrato de arrendamiento de fecha 11 de junio de 2014 y su adenda de fecha 31 de mayo de 2016 suscrito entre las partes en relación al Local B24 sito en Centro Comercial Parque Miramar ubicado en Fuengirola (Málaga), Avenida de la Encarnación, s/n.

B. Condene a la demandada Natur Sport Fitness S.L., a desalojar el Local B24 sito en Centro Comercial Parque Miramar ubicado en Fuengirola (Málaga), Avenida de la Encarnación, s/n, objeto de la presente demanda y a dejarla libre y vacua a disposición del arrendador bajo apercibimiento de que en caso de no efectuarlo se procederá al lanzamiento y desalojo de los ocupantes de la misma, sin prórroga ni miramiento, sin necesidad de otra notificación ulterior que la de la sentencia que acuerde la resolución del contrato y el desalojo de la finca.

C. Condene solidariamente a la demandada Natur Sport Fitness S.L. y al demandado don Cipriano, al pago a Parque Miramar S.L., en concepto de indemnización de daños y perjuicios a la cantidad de 182,58 euros por cada día que permanezca de forma indebida en el Local B24 sito en Centro Comercial Parque Miramar ubicado en Fuengirola (Málaga), Avenida de la Encarnación, s/n, y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 219.1 de la LEC.

D. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Fuengirola y se registró con el n.º 856/18. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El procurador D. Álvaro Jiménez Rutllant, en representación de Natur Sport Fitnes, S.L., y D. Cipriano, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que se entienda no haber lugar al desahucio, con expresa condena en costas a la actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Fuengirola dictó sentencia de fecha 15 de noviembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el procurador Sr. Castillo Lorenzo, en nombre y representación de Parque Miramar, SL, y:

1º.- Declaro resuelto el contrato arrendaticio de fecha de 11 de junio de 2014 del local comercial sito LOCAL B.24 del Centro Comercial Parque Miramar ubicado en Avenida de la Encarnación, s/n, Fuengirola (Málaga) por expiración de plazo, que liga a ambas partes, y en consecuencia debo condenar y condeno a la parte demandada a que deje libre y a disposición de la parte actora la citada vivienda en el plazo legal, apercibiéndole de que de no verificarlo así será lanzado del mismo y a su costa.

2º.- Condeno solidariamente a los demandados, Natur Sport Fitness, SL y Cipriano, a que abonen a la parte demandante la cantidad que resulte en ejecución de ST en los términos fijados en último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de esta St, más los intereses fijado en el Fundamento de Derecho Quinto de esta St.

Las costas procesales serán abonadas por la parte demandada".



El 28 de noviembre de 2018 el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Fuengirola dictó auto de rectificación cuyo fallo es como sigue:

"DISPONGO: RECTIFICAR la St de fecha de 15 de noviembre de 2018, en el sentido que DONDE DICE "5437,34 horas euros (el triple de la mensualidad de mayo de 1825,78 €"; DEBE DECIR "5477,34 euros (el triple de la mensualidad de mayo de 1825,78 €".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Natur Sport Fitness, S.L., y D. Cipriano .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 203/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2020, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la mercantil Natur Sport Fitness, S.L. y D. Cipriano , representados en esta alzada por el procurador Sr. Jiménez Rutllant, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Fuengirola, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto parte de la misma, debemos condenar y condenamos a la mercantil Natur Sport Fitness, S.L. y D. Cipriano a que abonen a la entidad Parque Miramar, S.L. la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA Y CUATRO CENTIMOS (5.477,34 euros), manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia dictada en la instancia.

Todo ello, sin pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada".

Solicitada aclaración y complemento de sentencia por la representación de Parque Miramar, S.L., la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó auto de fecha 10 de junio de 2020 con la siguiente parte dispositiva:

"Que no ha lugar a la aclaración, subsanación y complemento interesados por el procurador Sr. Castillo Lorenzo, en nombre y representación de la entidad Parque Miramar, S.L., respecto a la sentencia dictada en el presente rollo de apelación con fecha 27 de febrero de 2020".

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

1.- El procurador D. Antonio Castillo Lorenzo, en representación de Parque Miramar, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"MOTIVO PRIMERO.- Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 449.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por falta de consignación del arrendatario-apelante de todas las rentas devengadas durante la sustanciación del recurso de apelación, lo que debiera haber provocado que el recurso se declarase desierto sin necesidad de entrar al fondo del asunto".

El motivo del recurso de casación fue:

"MOTIVO PRIMERO.- Infracción del artículo 1.154 del Código Civil.- La facultad moderadora por los Tribunales de las cláusulas penales pactadas en los contratos no opera en aquellos casos en los que se cumple exactamente el supuesto de hecho recogido en la cláusula penal.- Recurso Extraordinario de Casación en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

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 19 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º.- Admitir el recurso de casación y el recurso por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Parque Miramar SL contra la sentencia dictada con fecha veintisiete de febrero de 2020 por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, en el rollo de apelación núm. 203/2019, dimanante de los autos de juicio verbal núm. 856/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Fuengirola.

2º.- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos interpuestos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".



3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 4 de febrero de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 29 de marzo del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los siguientes antecedentes relevantes:

1º.- Es objeto del proceso la demanda que es formulada por la entidad actora Parque Miramar, S.L., contra la mercantil Natur Sport Fitnees, S.L., y D. Cipriano, en su condición de avalista, directamente encaminada a obtener un pronunciamiento judicial, que proclamase la extinción del contrato de arrendamiento de local de negocio que vincula a las partes, por expiración del plazo contractual, así como una reclamación adicional de cantidad derivada de la aplicación de la cláusula penal pactada, para el caso de no entregarse el local en la fecha señalada al respecto que, tras la prórroga acordada, vencía el 10 de junio de 2018. A tal pretensión se opuso la parte demandada que consideró, por el contrario, que el contrato vencía el 31 de mayo de 2020, y que, por lo tanto, no se había extinguido a la fecha de presentación de la demanda, el 3 de julio de 2018.

2º.- El contrato de arrendamiento del local de negocio suscrito por las partes litigantes de 11 de junio de 2014, en su cláusula segunda, intitulada "duración del contrato", literalmente transcrita señalaba:

"El plazo de duración del presente contrato será de DOS (2) AÑOS a contar desde la fecha de su firma.

Finalizado el plazo de duración, el presente contrato se extinguirá sin necesidad de requerimiento ni preaviso alguno. Las partes expresamente excluyen la aplicación de cualquier régimen de prórroga que pudiera establecer la pasada, la actual o la futura legislación aplicable al presente contrato, particularmente la tácita reconducción del art. 1566 del Código Civil, aún cuando no hubiera mediado el requerimiento a que dicho precepto se refiere.

Al término de la vigencia del Contrato, el Arrendatario deberá desalojar y dejar libre y a disposición de la Arrendadora la finca objeto de este Contrato.

El incumplimiento de lo convenido en el párrafo anterior, incluso el mero retraso en el desalojo del local, implicará una penalización en concepto de daños y perjuicios que expresamente se convienen, como consecuencia del uso y detentación indebida del inmueble, por importe equivalente al triple de la renta vigente en el período mensual inmediatamente anterior durante el que el Arrendatario mantenga el uso indebido.

El presente contrato se ha convenido teniendo en consideración con carácter esencial la duración obligatoria antes convenida y, en su consecuencia, en el supuesto de resolución contractual o terminación anticipada en virtud de Sentencia judicial, o por cualquier causa imputable al Arrendatario, la Arrendadora tendrá derecho a una indemnización, sin necesidad de acreditación de daños y perjuicios, por importe equivalente a la Renta Mínima Garantizada, gastos comunes generales, impuestos repercutibles, vigentes en el momento de la resolución o desalojo, correspondientes al plazo obligatorio de vigencia del contrato que restare por cumplir.

La indemnización prevista en el párrafo anterior será de aplicación desde el momento en que, producida la terminación o resolución anticipada del contrato, el Arrendatario desaloje el local arrendado. Mientras el arrendatario, habiéndose producido la terminación o resolución anticipada, continúe ocupando indebidamente el local arrendado, será de aplicación la indemnización prevista en el párrafo anterior, por todo el tiempo que el arrendatario permanezca en el uso y detentación indebidos del local, y hasta que lo desaloje.

Las partes pactan expresamente que no será de aplicación al presente contrato la indemnización que regula el artículo 34 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, a la cual renuncia el Arrendatario expresamente, con independencia del tiempo que hubiera venido ejerciendo la actividad comercial de venta al público o de cualquier otro tipo en el local arrendado".

3º.- Reunidas las partes conciertan una adenda al contrato de 11 de junio de 2014, con fecha de 31 de mayo de 2016, en la que literalmente consta que: "[...] estando próximo el vencimiento pactado e interesando a ambas partes proceder a ampliar el plazo de duración del contrato, por medio del presente lo lleven a cabo de conformidad con las siguientes estipulaciones":

"Primera.- Las partes acuerdan modificar la Cláusula Segunda del contrato de fecha 11 de junio de 2014, la cual quedará redactada del siguiente modo a partir de la fecha de la presente adenda:



El plazo de duración del presente contrato será de DOS (2) AÑOS a contar desde la fecha de su firma. No obstante, llegado el vencimiento inicialmente pactado, el contrato quedará prorrogado por periodos sucesivos de DOS (2) MESES y durante un plazo máximo de dos (2) años, siempre y cuando se cumplan la totalidad de las condiciones siguientes:

(i) Que el arrendador no haya comunicado de forma fehaciente su voluntad de no prorrogarlo con una antelación mínima de un (1) mes a la fecha de finalización de cualquiera de las prórrogas previstas en esta cláusula.

(ii) Que no se hubiera producido ningún tipo de incumplimiento por el arrendatario.

Finalizado el plazo de duración, el presente contrato se extinguirá sin necesidad de requerimiento ni preaviso alguno. Las partes expresamente excluyen la aplicación de cualquier régimen de prórroga que pudiera establecer la pasada, la actual o la futura legislación aplicable al presente contrato, particularmente la tácita reconducción del art. 1566 del Código Civil, aún cuando no hubiera mediado el requerimiento a que dicho precepto se refiere.

Al término de la vigencia del Contrato, el Arrendatario deberá desalojar y dejar libre y a disposición de la Arrendadora la finca objeto de este Contrato.

El incumplimiento de lo convenido en el párrafo anterior, incluso el mero retraso en el desalojo del local, implicará una penalización en concepto de daños y perjuicios que expresamente se convienen, como consecuencia del uso y detentación indebida del inmueble, por importe equivalente al triple de la renta vigente en el período mensual inmediatamente anterior durante el que el Arrendatario mantenga el uso indebido.

El presente contrato se ha convenido teniendo en consideración con carácter esencial la duración obligatoria antes convenida y, en su consecuencia, en el supuesto de resolución contractual o terminación anticipada en virtud de Sentencia judicial, o por cualquier causa imputable al Arrendatario, la Arrendadora tendrá derecho a una indemnización, sin necesidad de acreditación de daños y perjuicios, por importe equivalente a la Renta Mínima Garantizada, gastos comunes generales, impuestos repercutibles, vigentes en el momento de la resolución o desalojo, correspondientes al plazo obligatorio de vigencia del contrato que restare por cumplir.

La indemnización prevista en el párrafo anterior será de aplicación desde el momento en que, producida la terminación o resolución anticipada del contrato, el Arrendatario desaloje el local arrendado. Mientras el arrendatario, habiéndose producido la terminación o resolución anticipada, continúe ocupando indebidamente el local arrendado, será de aplicación la indemnización prevista en el párrafo anterior, por todo el tiempo que el arrendatario permanezca en el uso y detentación indebidos del local, y hasta que lo desaloje.

Las partes pactan expresamente que no será de aplicación al presente contrato la indemnización que regula el artículo 34 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, a la cual renuncia el Arrendatario expresamente, con independencia del tiempo que hubiera venido ejerciendo la actividad comercial de venta al público o de cualquier otro tipo en el local arrendado.

Segunda.- Durante toda la duración del contrato, incluidas las posibles prórrogas, seguirá siendo de aplicación la garantía solidaria prestada por D. Cipriano en la cláusula Adicional 6ª del Contrato.

Tercera.- Ambas partes acuerdan mantener la plena vigencia del Contrato de Arrendamiento de fecha 11 de junio de 2014, así como todos sus posibles complementos, anexos y modificaciones, en todo aquello que no haya sido expresamente modificado por lo dispuesto en la presenta adenda".

4º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Fuengirola. Dicho órgano jurisdiccional dictó sentencia en la que consideró que el arrendamiento litigioso había vencido el 11 de junio de 2018. Para ello, argumentó que las partes lo que modificaron fue el contrato de 2014, concretamente una cláusula del mismo, por lo que el plazo de 2 años debe computarse desde el 11 de junio de dicho año, con lo que finalizaba el 11 de junio de 2016, con posibilidad, a partir de tal data, de prórrogas de dos meses, hasta un plazo máximo de otros dos años, conforme a la adenda al contrato de 31 de mayo de 2016. Esta posibilidad de prórrogas sucesivas de dos meses hasta el máximo de 24 mensualidades, no estaba prevista en la redacción inicial del contrato de 2014, siendo esa la nota diferencial que introdujo la precitada adenda.

Declarado resuelto el contrato, por transcurso del plazo contractual, el juzgado consideró aplicable la cláusula penal prevista, sin que cupiera su moderación conforme al razonamiento siguiente:

"Aplicando la anterior doctrina supuesto que nos ocupa no procede la moderación de la pena una vez que lo que se ha producido es el incumplimiento total de la obligación impuesta de desalojo, ya que llegada la fecha de finalización del contrato, la parte demandada ha permanecido en el mismo. Por lo tanto no cabe la moderación que solicita la parte demandada y, consecuentemente, procede fijar como base a efectos de



condena en ejecución de sentencia, la indemnización resultante una vez que a fecha de la presente resolución se mantiene la ocupación por la parte demandada. Con ello procede fijar como cantidad indemnizatoria mensual la suma de 5437,34 "horas" (error) euros (el triple de la mensualidad de mayo de 1825,78€, tal y como se pactó en el contrato unido a que el cálculo respeta la exclusión del IVA, tal y como la Sentencia citada de la Audiencia Provincial de Madrid también se pronunció, al ser objeto de indemnización exclusivamente la cantidad derivada en concepto de renta o similar, sin incluirse tributos, gravámenes o impuestos). Para el supuesto que el abandono se produzca un mes sin el cómputo íntegro, es decir, en el transcurso de un mes determinado, se procederá con respecto a esa mensualidad, prorratear el mes en cuestión. La fecha del cómputo indemnizatorio se iniciará con la mensualidad de julio 2018. Fijada así las bases indemnizatoria (sic) se respeta lo exigido por el Artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

5º.- Contra dicha sentencia se interpuso por los demandados recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que dictó sentencia en la cual estimó que el contrato de arrendamiento venció el 11 de junio de 2018, confirmando el pronunciamiento de la sentencia dictada por el juzgado, al considerar claros los términos del contrato, pues del tenor literal del acuerdo alcanzado no cabía albergar dudas de que lo estipulado fue el plazo de "DOS (2) AÑOS a contar desde la fecha de su firma"; es decir, desde el 11 de junio de 2014, y no desde la firma de la referida adenda, con lo que el contrato se extinguió el 11 de junio de 2018 "sin necesidad de requerimiento ni preaviso alguno".

No obstante, consideró que procedía la moderación de la cláusula penal, bajo el razonamiento siguiente:

"[...] En el presente caso, por tanto, estamos ante una cláusula penal que como todas las de su clase están pensadas para liquidar el daño que se produce en caso de incumplimiento de una de las partes. En cuanto a la facultad moderadora del Juez, el artículo 1154 del Código Civil establece "El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor". En torno a este precepto se ha desarrollado una amplia jurisprudencia que ha venido a establecer que la moderación procede cuando no se ha incumplido toda la obligación para la que se previó la pena, de modo que su rebaja no reside en el que se haya fijado de modo muy elevado, sino en que las partes al pactar la pena, valoraron el impacto del incumplimiento total y fijaron la cuantía de la pena en función de esa hipótesis. El artículo 1154 del Código civil es una norma de carácter imperativo, cuyo supuesto de hecho es el cumplimiento parcial, irregular o defectuoso, que no lo es ni el cumplimiento pleno, ni el incumplimiento total y cuyo efecto es la moderación equitativa por el órgano jurisdiccional para evitar la situación de injusticia que implicaría cumplir toda la pena, cuando no se ha incumplido toda la obligación. En este caso, la parte arrendataria no ha cumplido con su obligación de desalojar el inmueble al término de su vigencia, dada la aparente contradicción en la redacción del contrato y la adenda suscrita dos años después, sin que conste que por ello haya dejado de cumplir con el resto de sus obligaciones contractuales, lo que permite hacer uso de la facultad moderadora prevista en el artículo 1154 del Código civil. Y, en consecuencia, reducir la cantidad inicialmente reclamada a la suma de 5.477,34 euros, correspondiente al triple renta del mes de mayo de 2018, último anterior al vencimiento. Suma que se incrementará con los intereses en los términos establecidos en la instancia. Lo que permite la estimación parcial de este motivo del recurso".

En consecuencia, se dictó sentencia en la que, con revocación parcial de la pronunciada por el Juzgado, se condenó a la mercantil Natur Sport Fitness, S.L., y a D. Cipriano a que abonen a la entidad Parque Miramar, S.L., la suma de 5.477,34 euros, manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia dictada en la instancia.

6º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la entidad actora recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

SEGUNDO.- Examen del recurso extraordinario por infracción procesal

Dicho recurso extraordinario se fundamentó en la vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por infracción del artículo 449.2 de la LEC, y falta de consignación por el arrendatario apelante de todas las rentas devengadas durante la sustanciación del recurso de apelación, lo que debiera haber provocado que el recurso se declarase desierto, sin necesidad de entrar al fondo del asunto.

Tal cuestión fue abordada, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia dictada por el tribunal provincial, el cual razonó al respecto que:

"[...] examinadas las actuaciones consta en las mismas que tanto al momento de la interposición del recurso como durante la sustanciación del mismo, los demandados han venido consignando las rentas derivadas del contrato sin que sea de recibo dilucidar en este momento procesal divergencias entre las partes sobre su



importe actual, máxime cuando dicha cuestión tampoco ha sido objeto de debate en la instancia. Lo que lleva a rechazar esta cuestión".

En definitiva, no podemos considerar que se haya infringido el art. 449 LEC, cuando la sentencia del tribunal provincial afirma que, tras examinar las actuaciones, comprueba que tal consignación se ha efectuado, sin que el recurso se fundamente en la valoración arbitraria o manifiestamente errónea de la prueba sobre tal extremo (art. 469.1.4.º LEC). Incluso, la parte recurrida afirma que, conforme a la estipulación 12.ª del contrato litigioso, se había pactado un aval bancario a primer requerimiento de seis meses de renta, que se convirtió, según la cláusula adicional primera, en un depósito de 7.167,20 euros, equivalentes a cuatro mensualidades de merced locaticia.

En definitiva, es improcedente, con los datos con los que contamos, privar a la parte demandada, mediante un pronunciamiento de nulidad de actuaciones, del acceso a un recurso de apelación que fue, en su día, resuelto por el tribunal provincial, para considerarlo desierto, en contra de lo razonado por la Audiencia.

TERCERO.- Examen del recurso de casación

El recurso se fundamentó, en interés casacional, se alegó la infracción del artículo 1.154 del Código Civil. En su desarrollo, se sostuvo que la facultad moderadora por los Tribunales de las cláusulas penales pactadas no opera en aquellos casos en los que se cumple exactamente el supuesto de hecho recogido en la cláusula penal, citando como infringida la doctrina de las sentencias de esta Sala 366/2015, de 18 de junio; 76/2016, de 18 de febrero y 268/2019, de 17 mayo, así como las citadas en ellas.

El recurso debe ser estimado.

CUARTO.- Doctrina jurisprudencial sobre las facultades moderadoras del art. 1.154 del Código Civil

La precitada cuestión la abordamos en la reciente sentencia 485/2021, de 5 de julio, en la que dijimos:

"El art. 1.152 del CC dispone que, en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. La cláusula penal desempeña una función liquidatoria y de garantía del cumplimiento de la obligación principal a la que va ligada, pudiendo pactarse incluso como medio para facilitar el desistimiento (arts. 1152 y 1153 CC), como reconocen las sentencias de esta Sala 615/2012, de 23 de octubre y 530/2016, de 13 de septiembre y las citadas en ésta. Por su parte, el art. 1154 del CC, que se considera infringido, señala que: "el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

Ahora bien, la armoniosa relación entre este último precepto con el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en el art. 1255 del CC, conforme al cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, determina que no quepa hacer uso de las facultades de moderación judicial del art. 1154 del CC, cuando las partes contemplaron expresamente el incumplimiento total o parcial como supuesto concreto del juego convencional de la cláusula penal, determinando las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de las estipulaciones contractuales o posibilitando el desistimiento unilateral.

En efecto, es reiterada jurisprudencia, basada en la potencialidad creadora del contenido contractual que a las partes brinda el art. 1255 del CC, así como derivada del efecto vinculante de la lex privata del artículo 1091 del referido texto legal, que consagra el principio pacta sunt servanda, la que rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento total o incluso parcial o deficiente de la prestación que se hubiera producido; casos en los que no puede aplicarse la facultad judicial del artículo 1154 del Código civil, siempre que se produzca la infracción prevista para tales supuestos (sentencias 585/2006, de 14 de junio; 839/2009, de 29 de diciembre; 170/2010, de 31 de marzo; 470/2010, de 2 de julio; 999/2011, de 17 de enero de 2012; 89/2014, de 21 de febrero; 214/2014, de 15 de abril; 366/2015, de 18 de junio; 126/2017, de 24 de febrero; 441/2018, de 12 de julio; 148/2019, de 12 de marzo; 441/2020, de 17 de julio o más recientemente 193/2021, de 12 de abril, entre otras).

Hemos reconocido también que, salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores o usuarios en la que opera el art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en nuestro Derecho se permiten las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva, y no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Incluso del artículo 1152.I CC resulta que, "si otra cosa no se hubiere pactado", están toleradas las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios (sentencias 197/2016, de 30 de marzo y 530/2016, de 13 de septiembre).



Ahora bien, del propio art. 1255 del CC se deriva que la posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que establece dicho precepto. En este sentido, dijimos en la sentencia de pleno 530/2016, de 16 de septiembre, que pudieran ser contrarias a la moral o al orden público:

"[...] las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales "opresivas", intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010)], o las "usurarias", aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas".

Lo expuesto conduce a la precitada sentencia 530/2016, de 13 de septiembre, a concluir que para justificar la aplicación del art. 1154 del CC:

"[...] no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, ex ante, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*."

Sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que "la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

Naturalmente, la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena (art. 217.3 LEC). Sin prueba bastante al menos para fundar una presunción judicial de que así ha ocurrido, no cabrá invocar la "disponibilidad y facilidad probatoria" (art. 217.7 LEC) a fin de imponer o trasladar al acreedor la carga de acreditar la existencia y cuantía del daño efectivamente sufrido".

La jurisprudencia es insistente, al respecto, en el sentido de exigir que la carga de alegar y de probar que el montante de la pena ha resultado ser extraordinariamente superior al daño efectivamente sufrido por el acreedor, corresponderá al deudor incumplidor que postule la reducción conservadora de la pena pactada (sentencias 44/2017, de 25 de enero, 126/2017, de 24 de febrero, 61/2018, de 5 de febrero, 441/2018, de 12 de julio, 148/2019, de 12 de marzo, 352/2019, de 6 de junio; 441/2020, de 17 de julio y 193/2021, de 12 de abril)".

QUINTO.- Estimación del recurso

Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta conduce a la estimación del recurso. Las partes, y así lo reflejaron expresamente en el contrato, pactaron el carácter esencial del plazo de permanencia en el local, de manera tal que una vez extinguida la duración del arrendamiento, la demandada debía dejar el inmueble alquilado libre y expedito a disposición del actor, sin posibilidad de tática de reconducción, ni prórroga de clase alguna, hasta el punto que establecieron, para garantizar el cumplimiento de tal pacto, así como para determinar los daños y perjuicios causados, una cláusula penal, libremente concertada.

No ofrece duda, tampoco, que la demandada incumplió el pacto para el que se había previsto el juego operativo de dicha cláusula, con lo que conforme a la jurisprudencia reseñada no entran en juego las facultades judiciales moderadoras previstas en el art. 1.154 del CC, al no darse su supuesto de hecho; es decir, el incumplimiento en parte o irregular de la obligación, toda vez que fue total, al no desalojarse el inmueble en el plazo pactado.



No es de aplicación la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, que tampoco es invocada, toda vez que no se da el supuesto de hecho del art. 3.1 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; pues la demandada, que es una sociedad de capital, no actúa sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, sino que el local se arrienda, precisamente, para el ejercicio de la actividad que constituye su objeto social en el tráfico jurídico mercantil.

Por otra parte, no concurre una situación de ruptura del equilibrio contractual de las partes, que determinase la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* (todo contrato se entiende vinculante en la medida que no se alteren sustancialmente las circunstancias), ni que concurren los supuestos normativos para la aplicación de la Ley de Usura. Tampoco demostró la parte demandada arrendataria, que es a quien compete la carga de la prueba, la concurrencia de una extraordinaria desproporción con respecto a los daños y perjuicios sufridos. Suponemos, no obstante, que la continuación del arriendo, en contra de lo pactado, le resulta beneficiosa a la parte demandada, al incumplir lo establecido en el contrato de arrendamiento.

Por otra parte, no podemos considerar que la redacción de la cláusula penal ofreciera dudas, de manera que fuera aplicable el art. 1288 del CC, cuando al respecto coinciden la interpretación del juzgado y la audiencia, que no se cuestiona por la arrendataria. Incluso, el tribunal provincial se basa en la literalidad de la cláusula, y en el principio *in claris non fit interpretatio* (en las cosas claras no se hace interpretación) reflejado en el art. 1281.1 del CC.

Por todo lo cual el recurso debe ser estimado y, con ello, confirmada la sentencia del juzgado.

SEXTO.- Costas y depósito

Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer las costas causadas por el mismo.

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la entidad demandante, conlleva expresa imposición de las costas correspondientes (art. 398 LEC).

La desestimación del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada implica la expresa condena a satisfacer las devengadas por dicho recurso (art. 398 LEC).

Con respecto a la devolución de los depósitos constituidos para recurrir se aplica el régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.ª, apartados 8 y 9 LOPJ, que condiciona dicha restitución a la estimación o desestimación del recurso.

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 interpuesto por la entidad demandante, con imposición de las costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia 97/2020, de 27 de febrero, dictada por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación n.º 203/2019, sin imposición de las costas correspondientes y devolución del depósito constituido para recurrir.

3.º- Casar la referida sentencia, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 15 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Fuengirola, en los autos n.º 856/2018, que confirmamos; todo ello con imposición de las costas procesales de la apelación a la parte demandada apelante y pérdida del depósito para recurrir.

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

El Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez votó en sala pero no pudo firmar por tener concedida licencia, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sección, D. Francisco Marín Castán (art. 204.2 LEC).

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

Así se acuerda y firma.