



Roj: **STS 2702/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2702**

Id Cendoj: **28079110012021100473**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2021**

Nº de Recurso: **125/2019**

Nº de Resolución: **485/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9400/2018,**
STS 2702/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 485/2021

Fecha de sentencia: 05/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 125/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/06/2021

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN 13.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 125/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 485/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 5 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Alting, S.A., representada por el procurador D. Ricardo Simó Pascual, bajo la dirección letrada de D.ª Vanessa Rubiras Valenzuela, contra la sentencia n.º 559/18, dictada por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 623/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 690/15, del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Consorcio Casa Asia, representado y defendido por el Abogado del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Ricard Simó Pascual, en nombre y representación de Alting, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Casa Asia, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] estimatoria de la demanda presentada, por la que:

1º.- Se declare judicialmente el incumplimiento por parte de la demandada CASA ASIA, del contrato de arrendamiento de fecha 18 de marzo de 2.005, tanto en lo relativo al pago de la renta convenida, como en lo concerniente al plazo de duración pactado y asumido como obligatorio por ambas partes.

2º.- Se condene a la demandada CASA ASIA a abonar a esta parte las siguientes cantidades de conformidad con lo expuesto en el cuerpo del presente escrito:

- DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (261.842,82 €), correspondientes con las rentas vencidas e impagadas hasta el momento del desistimiento contractual operado por la mercantil CASA ASIA.

- DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS TRECE EUROS (2.790.813,00 €), en concepto de penalización contractual por la terminación anticipada del contrato de resultados del desistimiento unilateral operado por CASA ASIA, de conformidad con las previsiones del anexo al contrato de arrendamiento, suscrito por las partes el 18 de marzo de 2.005.

3º.- Se condene asimismo a la demandada al pago de los intereses que, desde este momento y hasta su íntegro pago, devenguen las cantidades reclamadas en concepto de rentas, al tipo de interés cualificado pactado en su día por las partes para el supuesto de mora (interés legal del dinero incrementado en 3 puntos porcentuales).

4º.- Se condene asimismo a la demandada al pago de los intereses legales que, desde la presente interpelación judicial y hasta su íntegro pago, devengue la cantidad reclamada en concepto de penalización y/o indemnización por extinción anticipada de contrato.

5º.- Se condene a la demandada CASA ASIA al abono de las costas del presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 2 de septiembre de 2015, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Barcelona, se registró con el n.º 623/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Verónica Cosculluela Martínez-Galofré, en representación de Casa Asia, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado que dictara sentencia:

"[...] absolviendo a mi mandante y desestimando íntegramente los pedimentos de la actora, a excepción del allanamiento parcial a la misma interesado en nuestro escrito, con expresa imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el titular del Juzgado de primera Instancia n.º 25 de Barcelona dictó sentencia de fecha 30 de enero de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando íntegramente la demanda promovida por el Procurador de los Tribunales D. Ricard Simó Pascual, en nombre y representación de ALTING S.A., contra el consorcio CASA ASIA, debo CONDENAR al demandado a abonar a la parte actora la suma de tres millones cincuenta y dos mil seiscientos cincuenta y cinco euros con ochenta y dos céntimos (3.052.655,82 euros).

El demandado deberá satisfacer el interés legal del dinero desde la fecha de la interposición de la demanda, interés que se incrementará en dos puntos desde la fecha de esta sentencia.

Se imponen a la parte demandada las costas causadas en esta instancia".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Casa Asia.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 623/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

QUE estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la entidad CASA ASIA, contra la sentencia dictada en los autos de que este rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución, en el sentido de establecer como indemnización a favor de la actora la suma de 1.395.4065 €, sin declaración especial sobre las costas causadas en ninguna de las instancias".

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

1.- El procurador D. Ricardo Simó Pascual, en representación de Alting, S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO

Se formula este primer motivo fundado, como prevé el artículo 477.1 LEC, en la infracción de la norma aplicable para resolver la única cuestión objeto del litigio -moderación de la **cláusula penal**- cuál es el artículo 1154 del Código civil, indebidamente aplicado por la sentencia impugnada, en abierta oposición a la doctrina jurisprudencial.

La **cláusula penal** establece la pena convencional, como obligación accesoria condicional, que, si se incumple la obligación principal que garantiza (asegurada con dicha **cláusula**), el deudor deberá cumplir la accesoria. Incumplimiento que puede ser total o parcial o previsto concretamente en la **cláusula**. Está regulada por los artículos 1152 a 1155 con una aplicación desarrollada ampliamente por la jurisprudencia.

SEGUNDO

Las sentencias de instancia no aplican al caso presente la **cláusula** rebus sic stantibus. Sin embargo, se formula como motivo del recurso ad cautelam y subsidiariamente del anterior, por si se volviera a plantear en el trámite de la casación.

El cambio de circunstancias que causan un perjuicio irreparable en el deudor ha sido acogido en nuestro Derecho en la antigua doctrina de la **cláusula** rebus sic stantibus que se formuló en las obras de BARTOLO y BALDO: contractus que habent tractum successium vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur.

Jurisprudencia.

La jurisprudencia ha exigido, como requisitos para aplicar esta doctrina, primero, que la alteración de las circunstancias (del momento del cumplimiento del contrato en relación con el momento de su perfección) sea completamente extraordinaria; segundo, que se dé una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, que rompa el equilibrio de las mismas; tercero, que ello se produzca por circunstancias totalmente imprevisibles. Dándose estos requisitos, en casos excepcionales y con gran cautela por la alteración que puede suponer el principio pacta sunt servanda puede llegarse a una modificación de la obligación.

La sentencia de 20 de noviembre de 2009 recoge estas ideas. También la de 19 de febrero de 2010 (recurso 2411/2005): "alteración sobrevenida y verdaderamente extraordinaria de las circunstancias". Sentencia 1 de junio de 2010 (recurso 266/2005) lo desarrolla, con mención de jurisprudencia anterior. Asimismo, con detalle, la sentencia de 17 de enero de 2013. La sentencia de 18 de enero de 2013 enumera multitud de sentencias. Por último, la de 22 de julio de 2013 (recurso 608/2011) reitera la doctrina jurisprudencial. Lo mismo, la de 15 de octubre de 2014".

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 3 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Alting S.A. contra la sentencia dictada, con fecha de 28 de septiembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.^a, en el rollo de apelación n.º 623/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 690/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Barcelona.



2.º) Abrir el plazo de veinte días, para que la parte recurrida formalice, por escrito su oposición al recurso, encontrándose las actuaciones a su disposición en Secretaría, durante el citado plazo.

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 11 de mayo de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 30 de junio 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 condicionantes fácticos y jurídicos.

1º.- Las partes contratantes se encuentran vinculadas por un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda de fecha 18 de marzo de 2005, en virtud del cual la mercantil demandante Alting, S.A., arrendó un inmueble, sito en la Avenida Diagonal n.º 371 de Barcelona a Casa Asia, contiguo a la sede de esta última entidad, en el Palacio Baró de Quadras, ubicado en el n.º 373 de dicha calle, por un plazo de duración de 12 años, en el que se pactó expresamente una **cláusula** contractual del siguiente texto: "[...] si cualquiera de las dos partes diera por extinguido el contrato antes de su vencimiento, la parte que lo rescinda anticipadamente deberá abonar a la otra parte el importe correspondiente a todas las rentas del periodo contractual que restare por cumplir hasta el vencimiento del contrato, es decir hasta el diecisiete de marzo de dos mil diecisiete".

La renta inicial pactada fue la de 44.546 euros al mes acomodable conforme al IPC. No obstante, por aplicación de la **cláusula** de revisión de rentas pactada, a partir del 1 de enero de 2010, la misma quedó fijada en 41.450 euros mensuales.

2º.- Antes del transcurso del plazo pactado, concretamente en fecha 29 de noviembre de 2012, Casa Asia remitió una comunicación a Alting, S.A., manifestándole su intención de desistir del contrato de arrendamiento con efectos de 31 de enero de 2013, lo que fue rechazado por la arrendadora, advirtiéndole del obligado cumplimiento del plazo de duración del contrato, así como de su voluntad de reclamar, en tal caso, la penalización pactada por desistimiento unilateral.

Pese a ello, el 31 de enero de 2013, Casa Asia hizo entrega de las llaves de la finca arrendada y de la posesión de la misma a través de notario. La arrendadora compareció en notaría, en la que hizo una serie de manifestaciones relativas a que el desistimiento suponía la infracción de la **cláusula** litigiosa, máxime cuando quedaban más de cuatro años de duración del contrato, que no aceptaba el desistimiento, y que procedía el abono de los 2.790.813 euros de la **cláusula penal**.

3º.- En fecha 2 de septiembre de 2015, se registra en el Juzgado Decano de Barcelona la demanda de Alting, S.A., contra Casa Asia, en la que se postuló la declaración del incumplimiento del contrato de arrendamiento por la demandada, y que, en consecuencia se le condenase: (1º) al abono de las rentas vencidas e impagadas hasta la fecha del desistimiento unilateral por importe de 261.842,82 euros; (2º) al pago de 2.790.813 euros, en aplicación de la **cláusula penal** sobre la terminación anticipada de la relación arrendaticia; (3º) todo ello, con los intereses legales incrementados en tres puntos desde el momento de devengo de las rentas impagadas tal y como se había pactado, y, con respecto a la indemnización por incumplimiento, los intereses legales desde la interposición de la demanda, así como la condena al pago de las costas procesales.

4º.- La arrendataria se allanó al primero de los pedimentos del suplico de la demanda, relativo a la condena al pago de las rentas pendientes, por lo que se dictó auto de 14 de enero de 2016, que estimó la demanda en relación con dicha pretensión, pronunciando que resultó firme y no es objeto de este recurso.

5º.- El procedimiento continuó con respecto a la aplicación de la **cláusula penal** pactada. La demandada no se opuso al cálculo de la cuantía de la indemnización, sino a su procedencia, y solicitó, en su caso, su moderación.

6º.- Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia de 30 de enero de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Barcelona, en la que, tras desestimar la aplicación de la **cláusula rebús sic stantibus**, rechazó también la posibilidad de reducción de la cuantía de la **cláusula penal**, por considerar que la misma responde al propio incumplimiento contractual pactado, y que, por ende, no era susceptible de aplicación el art. 1154 del Código Civil (CC), con cita al respecto de la correspondiente doctrina jurisprudencial.



7º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de apelación. Por turno de reparto su conocimiento correspondió a la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia de 28 de septiembre de 2018, parcialmente revocatoria de la pronunciada por el Juzgado.

Consta en la precitada sentencia, además de los hechos anteriormente referenciados que, según acta notarial de 4 de febrero de 2013, el edificio a la fecha de su entrega presentaba deficiencias, cuya subsanación requería una importante inversión. También que a 4 de junio de 2014 todavía no había sido arrendado, siendo claras las dificultades para su alquiler. Igualmente que la actora había adquirido el inmueble mediante leasing para arrendarlo a la demandada, lo que supuso la asunción por su parte de la obligación de pago de unas cuotas que en cómputo anual ascendían a unos 700.000 euros. Y, por último, que la arrendadora autorizó expresamente y de manera amplia la realización de obras de adaptación o acondicionamiento en el edificio arrendado, incluidas las de comunicarlo interiormente con la sede de la arrendataria.

En su decisión, el tribunal provincial descartó la aplicación de la **cláusula rebus sic stantibus**; pero entendió que la **cláusula penal** está sujeta a los límites del art. 1255 del CC, que permite reducir el exceso de la cuantía de la pena sobre el daño previsible, cuando no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir, de forma proporcionada, el incumplimiento de la condición contemplada.

Concluyó la Audiencia que, en el caso de penalidades desproporcionadas, se admite la reducción conservadora, lo que no tiene relación con el art. 1154 CC. Se señaló que, en cualquier caso, la carga de la prueba corresponde a quien se oponga a la **cláusula penal** y que, "en este caso no se revela ponderada, sino notoriamente y extraordinariamente excesiva, una **cláusula penal** que supone que la actora cobre lo mismo que si realizase las actividades propias del contrato o que, la demandada, sin tener la posesión pague lo mismo que si la tuviera hasta el cumplimiento íntegro del período contractual, procediendo su moderación en un 50%, la mitad de su importe". En dicho porcentaje se estimó la demanda.

8º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la entidad actora recurso de casación, en el que postula se case la sentencia de la Audiencia y con ello se ratifique la dictada por el Juzgado.

SEGUNDO.- Recurso de casación

1º.- Formulación del primero de los motivos del recurso de casación interpuesto y su desarrollo argumentativo

El recurso de casación se interpone en atención a la cuantía de la pretensión deducida superior a los 600.000 euros, al amparo del art. 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Se alega como infringido el art. 1154 del CC. En su apoyo, se citan las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 2013, en recurso 1393/2010; 30 de abril de 2013, en recurso 2145/2010; 7 de abril de 2014, en recurso 963/2012; y 3 de junio de 2015, que corresponde al recurso 1938/2013, y no al indicado por la parte recurrente.

En su desarrollo, se señala que, conforme a reiterada jurisprudencia, la moderación de la pena convencional se permite solo cuando el incumplimiento no es pleno; sin que quepa, por el contrario, hacer uso de las facultades de moderación que establece al art. 1154 del CC, cuando el incumplimiento total o parcial sea el expresamente pactado en el propio texto de la condición que establece la pena correspondiente. Y concluye, que la litigiosa es una **cláusula** aceptada por personas capaces y asesoradas, en base al principio de autonomía de la voluntad, que prevé, expresamente, un incumplimiento (plazo de extinción de la relación arrendaticia), por lo que concurre la función liquidadora de los daños y perjuicios, que cumple la propia condición contractual pactada.

2º.- Oposición al recurso de casación

En su oposición al recurso de casación, la Abogacía del Estado, en la representación y defensa de la demandada, en su condición de entidad de derecho público, adscrita a la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia, señala que la reducción que lleva a efecto la Audiencia no se apoya en el art. 1.154 del CC, sino por tratarse de una **cláusula** con penalidad desproporcionada, en cuyo caso cabe la reducción judicial conservadora de validez. Reproduce la doctrina de la sentencia de pleno 530/2016, de 13 de septiembre, y cita igualmente las sentencias de 25 de enero de 2017 y 17 de mayo de 2019. También invoca la solución normativa del art. 11 de la LAU 29/1994, de 24 de noviembre, que, si bien regula el arrendamiento de vivienda, se trata de un caso análogo de desistimiento del contrato, y es expresión de la necesaria aplicación de criterios de proporcionalidad para supuestos como los que conforman el objeto de este proceso.

En consecuencia, se concluye que, pese a que dicha indemnización fue producto de la libre autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con los razonamientos anteriores y la jurisprudencia expuesta, podía ser modificada y adaptada judicialmente a las circunstancias del caso que nos ocupa, por lo que interesó la desestimación del recurso.

3º.- Doctrina jurisprudencial sobre las facultades moderadoras del art. 1154 del Código Civil (en adelante CC)



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).

4º.- Estimación del motivo del recurso

Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta conduce, en atención a las circunstancias expresadas en la sentencia de la Audiencia, a que no podamos compartir su valoración jurídica, en función de los argumentos siguientes:

En primer término, las partes contratantes son personas jurídicas privada y pública, respectivamente, que al amparo de la libre autonomía de la voluntad y sin duda debidamente asesoradas, pactaron la inclusión en el contrato de la **cláusula** litigiosa, que no favorecía en este caso de forma exclusiva a una de las partes, sino que operaba en beneficio de ambas, y constituía expresión de la importancia contractual dada a que se respetara la duración del plazo convencional pactado hasta el 17 de marzo de 2017.

Una protección de tal clase tenía sentido, en tanto en cuanto la arrendadora adquirió el inmueble para que la demandada pudiera ampliar sus dependencias, contiguas con el edificio objeto del arriendo; precisamente el contrato contenía una amplia autorización para ejecutar obras en el edificio y comunicarlo con la sede de la arrendataria. Para obtener la titularidad del inmueble, objeto del contrato, y de esta manera cederlo en arrendamiento a la demandada, la actora concertó un contrato de leasing, con unas cuotas de amortización que, en cómputo anual, ascendían a unos 700.000 euros, siendo la cuantía de la renta mensual inicialmente pactada la de 44.546 euros al mes, después revisada a la baja a 41.450 euros, según las previsiones contractuales pactadas.

La propia sentencia de la Audiencia reconoce que, a la fecha de entrega del edificio por parte de la arrendataria, se encontraba en un estado cuya subsanación requería una importante inversión, precisamente la autorización para la ejecución de tales obras se tuvo en cuenta para fijar la **cláusula penal** en caso de desistimiento anticipado unilateral.

Las llaves se entregan el 31 de enero de 2013 y a 4 de junio de 2014, más de 17 meses después, si contamos que el mes de junio ya no era susceptible de arriendo, el inmueble se encontraba sin arrendar, pese a las gestiones efectuadas con tal fin, admitiendo expresamente la sentencia del tribunal provincial que eran evidentes las dificultades al respecto. En tal data, el importe de las rentas dejadas de percibir, por el desistimiento unilateral de la demandada, se elevaban a 704.650 euros (41.450 euros x 17) y el importe de amortización de las cuotas de leasing devengadas a 991.666,66 euros (700.000 euros : 12 x 17). A todo ello, habría que adicionar los gastos necesarios para la reparación y adaptación del inmueble para incorporarlo al mercado, cuya cuantía requería una importante inversión, como señala la sentencia recurrida.

Las sentencias de ambas instancias descartaron la aplicación de la **cláusula rebus sic stantibus**.

Señalar, por último, que no concurre tampoco razón para la aplicación analógica del art. 11 de la LAU 29/1994, de 24 de noviembre, que únicamente está previsto, con carácter imperativo, para los arrendamientos de vivienda, y no con respecto a los concertados para un uso distinto, como el propio del edificio litigioso, que se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la precitada ley, que



no contempla el desistimiento unilateral, y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil (arts. 3 y 4 de la LAU).

No se ha producido, en el caso que enjuiciamos, una excepcional alteración sobrevenida de circunstancias afectantes a la economía del contrato al tiempo de ser concertado.

En definitiva, en la tesis expuesta, no podemos considerar que la **cláusula penal** pactada se haya acreditado extraordinariamente superior al daño efectivamente sufrido por el acreedor, máxime cuando todavía se desconocía a la fecha de la sentencia la concreta entidad de los perjuicios sufridos, que sin duda serán mayores a los generados a junio de 2014.

Por todo ello, el recurso de casación debe ser estimado en este motivo.

TERCERO.- Examen del segundo motivo de casación

Este motivo se funda en la operatividad de la **cláusula rebus sic stantibus**. Su examen no tiene sentido ni procede. Carece de interés cuando ya se estimó el primero de los motivos de casación, así como de razón de ser, toda vez que la aplicación de la precitada doctrina fue descartada expresamente por las sentencias dictada en ambas instancias en pronunciamiento que adquirió firmeza, sin que, por lo tanto, sea causal de la sentencia recurrida, de manera que requiriese una específica impugnación.

En los recursos de casación deben impugnarse únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate, que constituyan la *ratio decidendi* o razón de la decisión de las sentencias recurridas, y a combatirlas deben dirigirse los motivos de casación (sentencias 238/2007, de 27 de noviembre; 1348/2007, de 12 de diciembre; 53/2008, de 25 de enero; 58/2008, de 25 de enero; 597/2008, de 20 de junio, 344/2018, de 7 junio y 453/2018, de 18 de julio entre otras).

CUARTO.- 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 de apelación interpuesto por la entidad demandada conlleva expresa imposición de las costas correspondientes (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.

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 por la parte demandante contra la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2018, dictada por la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación 623/2017, sin imposición de las costas correspondientes y devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Casar la referida sentencia, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Casa Asia contra la sentencia de 30 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario 690/2015, que confirmamos; todo ello con imposición de las costas procesales de la apelación a la parte demandada apelante y pérdida del depósito para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.