

La indemnización cuando el arrendatario restituye anticipadamente el inmueble arrendado

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA*
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En un contrato de arrendamiento de inmueble pactado con una duración determinada, es posible que el arrendatario pretenda devolver el bien arrendado y poner fin al contrato de forma anticipada. En ocasiones concretas, la ley reconoce al arrendatario un derecho de desistimiento con determinadas consecuencias. Cuando el arrendatario no dispone de dicho derecho, la restitución anticipada del inmueble constituye un incumplimiento contractual que habilita al arrendador para declarar la resolución del contrato por incumplimiento y reclamar una indemnización de daños y perjuicios. En este caso, interesa determinar qué puede reclamar el arrendador en concepto de lucro cesante por las rentas dejadas de percibir. La indemnización debe reparar el daño que el incumplimiento provoca, pero teniendo en cuenta que, con la resolución, el arrendador recupera la disponibilidad del inmueble.

PALABRAS CLAVE

Arrendamiento. Desistimiento del arrendatario. Resolución del contrato por incumplimiento. Indemnización de daños. Lucro cesante. Negocio de reemplazo. Deber de mitigar el daño. Límite al derecho a exigir el cumplimiento.

* lispaula@uam.es. Este presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular N. 1221864. Mi agradecimiento a los evaluadores anónimos por los comentarios y sugerencias realizados sobre el trabajo. Así mismo, quiero expresar mi gratitud a los profesores Antonio Manuel Morales Moreno, Nieves Fenoy Picón, Máximo Juan Pérez García, Andrea Macía Morillo e Ignacio Tirado Martí por sus comentarios y valiosas aportaciones al trabajo.

Compensation for damages when the lessee returns the immovable property in advance

ABSTRACT

In the case of a fixed-term lease of immovable property, it is possible that the lessee may wish to return the leased property and terminate the lease early. In certain cases, the law recognises the lessee's right of withdrawal with certain consequences. When the lessee does not have this right, the early return of the property constitutes a breach of contract which entitles the lessor to terminate the contract for breach of contract and claim damages. In this case, it is of interest to determine what the lessor can claim for loss of profit for the rent foregone. The compensation must repair the damage caused by the non-performance, but taking into account that, with the termination, the lessor recovers the availability of the property.

KEYWORDS

Lease contract. Lessee's right of withdrawal. Termination for breach of contract. Claim of damages. Loss of profit. Substitute transaction. Reduction of loss. Limits to the right to enforce performance.

SUMARIO: I. Introducción: «Everything will be okay in the end».—II. El derecho de desistimiento del arrendatario en la legislación especial sobre arrendamientos urbanos. 1. El desistimiento del arrendatario de vivienda o local de negocio: el artículo 56 LAU 64. 1.1 La evolución en la determinación de la indemnización en caso de nuevo arrendamiento. 1.2 La indemnización en caso de venta del inmueble. 1.3 La situación actual de la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64. 2. El desistimiento del arrendatario de vivienda: el artículo 11 LAU 94. 2.1 El contenido del artículo 11 LAU 94. 2.2 La posible aplicación analógica del artículo 11 LAU 64. 2.3 La influencia en la jurisprudencia del criterio indemnizatorio previsto en el artículo 11 LAU 94.—III. La restitución anticipada del local de negocio como incumplimiento del arrendatario. 1. La resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. 2. La indemnización por rentas dejadas de percibir como ganancia perdida. 2.1 El artículo 1480 del Proyecto de Código civil de 1851. 2.2 La regulación del Código civil. 2.3 Los criterios para determinar el importe de la indemnización. 2.3.1 Cuando el arrendador celebra un nuevo arrendamiento. 2.3.2 Cuando el propio arrendador explota el inmueble. 2.3.3 Cuando el arrendador vende el inmueble. 2.3.4 Cuando se destruye el inmueble. 2.3.5 Cuando el inmueble no se ha ocupado. 2.3.6 Cuando el inmueble permanece desocupado y todavía queda tiempo de contrato.—IV. Las perspectivas de futuro en la indemnización por rentas dejadas de percibir. 1. La indemnización por rentas dejadas de percibir en las propuestas de Código civil. 2. Los límites al derecho del arrendador a reclamar el pago de la renta y la indemnización de daños y

perjuicios en el DCFR. 3. Reflexiones sobre el alcance de las propuestas.–V. Conclusión: «If it's not okay, it's not the end».–Bibliografía.–Listado de sentencias del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN: «*EVERYTHING WILL BE OKAY IN THE END*»

Conversando con un colega sobre un artículo del Código civil chileno que obliga al arrendatario que devuelve anticipadamente el bien arrendado a abonar las rentas pendientes hasta la fecha de finalización del contrato¹, recordé la existencia en nuestro Ordenamiento de una norma con un alcance similar. Me refiero al artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964² (en adelante, LAU 64), que todavía se aplica a los arrendamientos urbanos de vivienda y local de negocio celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante, LAU 94)³. Según este precepto, si el arrendatario de vivienda o de local de negocio desaloja anticipadamente el bien arrendado, tiene que abonar al arrendador una cantidad de dinero equivalente al importe de las rentas correspondiente al plazo de contrato que reste por cumplir. La doctrina y la jurisprudencia consideran que este precepto reconoce una facultad o un derecho de desistimiento del arrendatario que lleva aparejada una indemnización de daños. Ahora bien, para entender el alcance del artículo 56 LAU 64 no basta con atender a su tenor literal, sino que hay que conocer la jurisprudencia, que, en las últimas décadas, ha pretendido suavizar el rigor de la solución que contempla. Sin duda, esta jurisprudencia ha influido en la forma de afrontar actualmente la cuestión de la indemnización por rentas dejadas de percibir en caso de resolución por incumplimiento cuando el arrendatario no respeta la duración pactada del contrato.

La LAU 94 actualmente vigente carece de un precepto similar al artículo 56 LAU 64. Según la LAU 94, hay que distinguir si estamos en presencia de un arrendamiento de vivienda o para uso distinto de vivienda. En el caso de arrendamiento de vivienda, el artí-

¹ Me refiero al artículo 1955 Código civil chileno, ubicado en el apartado sobre expiración del contrato de arrendamiento de cosas y cuyo tenor literal establece que: «(...) el arrendatario está obligado a pagar la renta de todos los días que falten para el fin del arrendamiento, aunque voluntariamente restituya la cosa antes del último día».

² Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

³ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, BOE, núm. 282, de 25 de noviembre de 1994 (texto consolidado).

culo 11 LAU 94 contempla un derecho de desistimiento a favor del arrendatario. El ejercicio de este derecho por parte del arrendatario, en principio, es gratuito, aunque las partes pueden pactar una indemnización con la limitación legal de su cuantía. Para los arrendamientos de uso distinto de vivienda no hay una previsión similar, de tal forma que la restitución anticipada del inmueble por parte del arrendatario constituye un incumplimiento del plazo establecido como duración del contrato y será necesario acudir al régimen general del Código civil sobre el incumplimiento y los remedios para determinar sus consecuencias (principalmente, arts. 1124 y 1101 y ss. CC).

Este trabajo tiene como objetivo analizar cómo ha tratado y trata el legislador español la cuestión de la restitución anticipada del inmueble en el ámbito exclusivo de los arrendamientos urbanos y, más concretamente, en los arrendamientos de vivienda y de local de negocio⁴. En primer lugar, se estudian los casos en los que el legislador ha reconocido al arrendatario un derecho de desistimiento, sus presupuestos y sus consecuencias. Para ello se acude a la legislación especial sobre arrendamientos urbanos, concretamente, al artículo 56 LAU 64, que abarca los arrendamientos de vivienda y de local de negocio, y a su aplicación por la jurisprudencia hasta nuestros días, por la clara influencia que ha tenido en la jurisprudencia posterior sobre la materia; y al artículo 11 LAU 94, que solo contempla un derecho de desistimiento a favor del arrendatario de vivienda. Seguidamente, para completar el estudio, se analizan los casos de restitución anticipada en el arrendamiento de local de negocio. En estos casos, como ya se ha apuntado, la restitución no se realiza al amparo de un derecho de desistimiento y, por tanto, puede calificarse de incumplimiento del contrato.

El trabajo se centra en determinar en qué consiste la indemnización que el arrendador puede reclamar por las rentas dejadas de percibir si con la restitución del inmueble se ha procedido a la resolución del contrato. Para dar cumplimiento a esta tarea, es necesario analizar también la normativa del Código civil, aplicable con carácter supletorio para todo aquello que no esté previsto por la legislación especial. A continuación, se contrastan las soluciones que ofrece el Código civil con las planteadas en la Propuesta de reforma del Código civil de la Comisión General de Codificación y

⁴ Queda fuera de este estudio la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos) por la especialidad de su objeto y, sobre todo, por la finalidad que persigue el legislador, que pretende lograr una flexibilización del régimen de este tipo de arrendamientos y su revitalización para evitar que las tierras queden sin cultivar y se puedan agrupar para crear unidades de producción mayores (*vid.* Exposición de motivos de la Ley núm. III).

la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil para comprobar en qué medida siguen los avances realizados por vía jurisprudencial doctrinal. Finalmente, se contrastan las soluciones de ambos textos con la regulación sobre arrendamiento de bienes contenida en el Libro IV- B del Borrador de Marco Común de Referencia.

El *iter* propuesto permite entender en qué punto del camino se encuentra nuestro Derecho, además de identificar cuál fue el punto de partida y cómo ha sido la travesía. Solo así se comprende cómo se ha llegado hasta aquí, pues no cabe duda de que los antecedentes han tenido una influencia decisiva en la respuesta que hoy se da a esta cuestión. En la película «El exótico Hotel Marigold», uno de los protagonistas menciona un proverbio indio que dice: «Al final todo saldrá bien. Y si no sale bien, es que no es el final»⁵. El propósito del trabajo es comprobar si en lo que respecta a esta cuestión ya se ha llegado al «final» o todavía queda camino por recorrer.

II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL SOBRE ARRENDAMIENTOS URBANOS

La normativa especial sobre arrendamientos urbanos ha contemplado de forma expresa la posibilidad de que el arrendatario restituya el bien antes de la expiración del plazo de duración del contrato, pero lo ha hecho con un alcance diferente a lo largo de los años. De hecho, en la actualidad conviven regímenes muy distintos que se aplican en función de la fecha de celebración del contrato de arrendamiento y del tipo de arrendamiento de que se trate. Conviene analizar todos ellos para comprender la situación actual de nuestro Ordenamiento y cómo ha sido su evolución.

1. EL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO DE VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO: EL ARTÍCULO 56 LAU 64

Muchos de los preceptos de la LAU 64, que ha sido sustituida por la LAU 94, todavía se aplican a los contratos celebrados antes

⁵ «Everything will be okay in the end. If it's not okay, it's not the end» (*The Best Exotic Marigold Hotel*, J. Madden, 2011).

del 1 de enero de 1995. Eso es lo que sucede con el artículo 56 LAU 64, que establece que:

«Durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario, lo sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta, y si antes de su terminación lo desaloja, deberá notificar su propósito por escrito al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación, por lo menos, e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir.»

Esta norma, que se aplica tanto a los arrendamientos de vivienda como de local de negocio, tiene como punto de partida la obligación del arrendatario de pagar la renta durante el plazo estipulado en el contrato⁶. A pesar de ello, contempla la posibilidad de que dicho arrendatario desaloje el inmueble antes del plazo previsto para la terminación del contrato. El único requisito es que comunique por escrito su propósito al arrendador, con una antelación mínima de treinta días.

Aunque, como señala algún autor, en puridad el artículo 56 LAU 64 solo reconoce la facultad del arrendatario de cesar en el uso del inmueble antes del tiempo pactado⁷, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han calificado esta posibilidad de desalojar anticipadamente el inmueble como una facultad o derecho de desistimiento del arrendatario tanto de vivienda como de local de negocio⁸. Se ha entendido que el arrendatario puede poner fin al contrato con su sola voluntad de desalojar el inmueble, sin necesidad de recabar el consentimiento del arrendador, que debe acatar la decisión del primero, dando por terminado el contrato.

Ahora bien, aunque el arrendador no puede oponerse a la terminación anticipada del contrato, tiene derecho a que la obligación de pago de la renta se sustituya por una «indemnización». Conforme al tenor literal del artículo 56 LAU 64, dicha indemnización consiste en el importe de todas las rentas que queden por vencer según la duración prevista del contrato. Además, no se contempla de forma expresa la posibilidad de que el arrendatario justifique una reducción de dicho importe.

⁶ Queda fuera de este estudio la figura del subarrendatario.

⁷ CARRASCO PERERA, 2013, núm. 3.

⁸ NAVARRO CASTRO, *CCJC*, 1996, p. 806; ORDÁS ALONSO, *CCJC*, 2010, p. 1557; GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Dereito*, 2010, p. 115; PÉREZ GURREA, *RCDI*, 2016, p. 2282 y TORAL LARA (*CCJC*, 2018, p. 296).

En el mismo sentido, la STS de 4 de marzo de 2009 [STS 155/2009, de 4 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana]: «Lo que el artículo 56 LAU 64 establece es la facultad extraordinaria de desistimiento unilateral por parte del arrendatario del contrato de arrendamiento, y en consecuencia la posible resolución unilateral del mismo».

1.1 La evolución en la determinación de la indemnización en caso de nuevo arrendamiento

La jurisprudencia sobre el artículo 56 LAU 64 y la indemnización que contempla es muy numerosa, además, se puede identificar una evolución en su forma de interpretarlo. En un primer momento, existió una importante línea jurisprudencial que hacía una interpretación estricta de este precepto. A esta corriente jurisprudencial se refiere la STS de 2 de octubre de 2008⁹. Según esta línea jurisprudencial, el artículo 56 LAU 64 impone una indemnización *ex lege* que se abstrae del daño efectivamente causado¹⁰. Muy elocuencia en este sentido es la STS de 28 de febrero de 1995¹¹, que afirma:

«Esta indemnización, consecuenta a la decisión del arrendatario de poner fin al contrato para la que no se exige justificación alguna, se valora por el legislador sin que pueda exceder del importe de las rentas que hubiera podido devengarse ni tampoco ser reducida en función de la valoración concreta de los daños ocasionados al arrendador, lo cual constituye evidentemente una especialidad respecto a lo establecido para casos de incumplimiento contractual en el Código civil (...)» (FD 2.º).

En su sentencia, el Tribunal Supremo considera irrelevante que la arrendadora haya celebrado un nuevo contrato de arrendamiento: ese acontecimiento «no se contempla en la ley que, contrariamente objetiva el importe de la indemnización abstrayéndolo, como se ha dicho, de cuál sea el de los perjuicios realmente causados, y es que la decisión unilateral de la arrendataria conlleva *ex lege* la consecuencia prevista en el artículo 56». Rechaza la alegación de enriquecimiento injusto, por ser incompatible con el ejercicio legítimo de un derecho por su titular, y la de existencia de abuso de derecho por parte de la arrendadora o de mala fe en

⁹ STS 909/2008, de 2 de octubre (Sala 1.ª de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Cuyo FD 4.º enmarca dentro de esta línea las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, 28 de febrero de 1995, 13 de febrero de 1996, 26 de junio de 2002, 20 de junio de 2003, 3 de junio de 2005.

¹⁰ ORDÁS ALONSO (CC/JC, 2010, p. 1558) señala que esta indemnización es una contrapartida al derecho de desistimiento del arrendatario y un elemento disuasorio frente a posibles abusos.

Sobre esta línea jurisprudencial, GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Dereito*, 2010, pp. 117 y 118.

¹¹ STS 179/1995, de 28 de febrero (Sala 1.ª de lo Civil); Ponente: D. Teófilo Ortega Torres.

Las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de un local de negocio y dos plazas de garaje por un periodo de cinco años. Cuando resta un poco más de dos años para finalizar el contrato, la arrendataria pretende una terminación consensuada del contrato. Ante la negativa de la arrendadora, le comunica el desalojo y puesta a su disposición de los bienes arrendados. La arrendadora, al amparo del artículo 56 LAU 64, solicita una indemnización por el importe correspondiente a las 51 mensualidades que restaban de contrato. El TS estima íntegramente la demanda.

su actuación, porque considera que su comportamiento ha sido justo y adecuado para obtener la indemnización legalmente procedente (FD 3.º).

Sin embargo, a principios de los años 90, comienzan a surgir voces en el ámbito doctrinal en contra de una aplicación estricta del artículo 56 LAU 64 y a favor de una interpretación abierta de este precepto, en el sentido de entender que establece, a favor del arrendador, una presunción sobre el importe máximo de la indemnización. Esto supone que el arrendatario puede pretender una reducción de la indemnización probando que los daños son menores. Valladares Gascón es la primera en mostrarse partidaria de que la indemnización solo cubra el periodo que media entre la desocupación del inmueble y la celebración de un nuevo contrato, pues defiende que, de no hacerse, se produciría un enriquecimiento injusto para el arrendador¹². Esta autora sostiene que se ha de llegar a la misma solución si la falta de nuevo arrendamiento se debe a que el arrendador conserva para sí el uso de la finca, o si resulta manifiestamente negligente en la búsqueda de un nuevo arrendatario¹³. En un sentido similar, a mediados de los 90, el Tribunal Supremo comienza a moderar los efectos de una aplicación estricta del precepto. Téngase en cuenta, no obstante que, aunque esta moderación se ha mantenido hasta la actualidad, durante mucho tiempo han convivido sentencias con pronunciamientos contradictorios¹⁴.

En primer lugar, el Tribunal Supremo reduce el importe de la indemnización en casos en los que el arrendador celebra un nuevo arrendamiento del inmueble antes de la fecha en la que debería haber concluido el primer arrendamiento. Concretamente, restringe la indemnización a una cantidad equivalente al importe de las

¹² VALLADARES RASCÓN, *CCJC*, 1990, pp. 779 a 782. Según esta autora, la composición de intereses que refleja el artículo 56 es «irreal»: «En un momento (que dura ya décadas) en el que la demanda de pisos y locales supera con mucho la oferta, el arrendador obtiene la renta por partida doble: la procedente del arrendatario que desalojó y la del más que probable nuevo arrendatario. Se produce así un enriquecimiento del arrendador, si no injustificado, sí manifiestamente injusto». Apoya esta interpretación ORDÁS ALONSO (*CCJC*, 2010, p. 1562).

Sobre el artículo 56 LAU 64, afirma MORALES MORENO (2010, pp. 52-53): «Esta norma indemnizatoria del lucro cesante, entendida literalmente, resulta desproporcionada. No aminora el daño conforme al provecho obtenido por el arrendador, tras serle restituido (el inmueble)». En una búsqueda de una razón de ser de este precepto, sostiene que, aunque no es fácil aventurarlo «quizá, por no tener muy claro el legislador cuál es el daño indemnizable, se adopta la solución más simple: equipararlo a las rentas no cobradas. No creo que exista propósito de castigar especialmente al arrendatario».

¹³ VALLADARES RASCÓN, *CCJC*, 1990, pp. 779 a 782. La autora ofrece otra posible vía para llegar a este mismo resultado a través de la facultad de moderación prevista en el artículo 1103 CC.

¹⁴ Así lo ilustra claramente CARRASCO PERERA, *CCJC*, 2005, pp. 610 y 611. GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Dereito*, 2010, pp. 116 y 118.

rentas correspondiente al tiempo en el que la finca estuvo desocupada. Justifica su decisión en la necesidad de evitar el enriquecimiento injustificado del arrendador, que se produciría si cobrara la cantidad equivalente a las rentas no satisfechas en el arrendamiento extinguido y las rentas del nuevo arrendamiento. Así, se pronuncian numerosas sentencias¹⁵ (STS de 15 de junio de 1993 (FD 4.º)¹⁶, 25 de enero de 1996 (FD 2.º)¹⁷ y 23 de mayo de 2001 (FD 5.º)¹⁸.

Es muy ilustrativo el pronunciamiento contenido en la STS de 23 de mayo de 2001, en un caso en el que las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de unas naves industriales por un plazo de cuatro años. La parte arrendadora solicitaba que se condenara a la arrendataria a abonar una indemnización según lo previsto en el artículo 56 LAU 64. Según indica el Tribunal Supremo:

«Últimamente, se ha llegado a la conclusión de que, pese a la formulación imperativa del precepto al que nos referimos (art. 56 LAU 64), se produciría un indudable enriquecimiento injusto para el arrendador si se le reconociera el derecho a la percepción de la totalidad de las rentas correspondientes al período incumplido del contrato anticipadamente resuelto por el arrendatario a pesar de que el local no hubiese llegado a estar efectivamente desocupado durante la totalidad de dicho tiempo, merced a una nueva cesión en arrendamiento del mismo a una tercera persona» (FD 5.º).

Y, en su decisión sobre el caso concreto, afirma:

«Si el fundamento de la norma del artículo 56 de la Ley arrendaticia era evitar a los propietarios los perjuicios dimanantes de la temporal falta de ocupación de sus viviendas o locales debida al incumplimiento por el arrendatario de los compromisos contraídos respecto a la duración del arriendo, si resultare que por cualquier causa tal desocupación y la consiguiente imposibilidad de obtención de frutos civiles no se produce, o si las mismas tienen lugar sólo de modo limitado o parcial, el potencial perjuicio que el legislador trataba de evitar desaparece o bien se reduce en alguna medida, circunstancias que necesariamente han de ser tenidas en cuenta a la hora de fijar la indemnización que el precepto establece» (FD 5.º).

¹⁵ Citadas por ORDÁS ALONSO, *CCJC*, 2010, pp. 1558 y 1559; y ÁLVAREZ LATA, *CCJC*, 2018, p. 269.

¹⁶ STS 598/1993, de 15 de junio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Morales Morales.

¹⁷ STS 21/1996, de 25 de enero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Alfonso Villagómez Rodil.

¹⁸ STS 490/2001, de 23 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Romero Lorenzo.

Insiste en esta cuestión la STS de 30 de octubre de 2007¹⁹, que hace suyos los pronunciamientos previos de la STS de 3 de febrero de 2006²⁰, reiterados en la STS de 7 de junio de 2006²¹, para afirmar que la doctrina más reciente se inclina por admitir la posibilidad de ajustar la indemnización por desalojo anticipado a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta tanto el comportamiento del arrendatario como la situación del arrendador que puede efectuar un nuevo contrato de arrendamiento. En el caso resuelto por la sentencia, las partes celebran un contrato de arrendamiento de un local de negocio por un periodo de 10 años. Transcurrido un mes de contrato, la arrendataria da por finalizado el contrato. La parte arrendadora solicita una indemnización, al amparo del artículo 56 LAU 64, por el importe total de las rentas (que asciende a 25 millones de pts.). La arrendadora presenta recurso de casación contra la sentencia que condena a la arrendataria a abonar 15 millones de pts. en concepto de indemnización. En su recurso, alega infracción del artículo 56 LAU 64, aplicación indebida de la doctrina del abuso de derecho, del principio del enriquecimiento injusto y del artículo 7 CC. Tales motivos son rechazados por el Tribunal Supremo con el siguiente pronunciamiento:

«Es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual. Y en tal línea de pensamiento procede valorar, entre otras varias posibles situaciones, la de que por el arrendador se haya podido explotar el local o concertar un nuevo arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias, lo que convertiría la pretensión indemnizatoria cuantificada en todas las rentas frustradas del primer contrato, —es decir, las correspondientes al período entre el desalojo voluntario y la terminación del contrato—, en notoriamente desproporcionada, y por consiguiente abusiva (arts. 9.º, párrafo segundo, LAU 64, y 7.2 CC) y no conforme a las exigencias de la buena fe con que han de ejercitarse los derechos (arts. 9.º, párrafo primero, LAU 64, 7.1 CC, 11 LOPJ y actualmente también 247 LEC)» (FD 2.º)²².

¹⁹ STS 1141/2007, de 30 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Salas Carceller.

²⁰ STS 72/2006, de 3 de febrero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Jesús Corbal Fernández (FD 3.º).

²¹ STS 582/2006, de 7 de junio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (FD 3.º).

²² Se hace eco de esta Sentencia la Sentencia de 2 de octubre de 2008 [STS 909/2008, de 2 de octubre, Sala Primera, de lo Civil]; Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta]: «el sentido de tener el artículo 56 LAU 64 un sentido imperativo y coactivo que hace improcedente la moderación de la indemnización no se compadece con los más recientes y

En algunos casos resueltos por el Tribunal Supremo se cuestiona el importe de la indemnización que debe abonar el arrendatario que desiste del contrato cuando la renta pactada en el nuevo arrendamiento resulta ser inferior a la que existía en el contrato extinguido. Sobre este asunto, el Tribunal Supremo no ha dado una respuesta única y existen decisiones dispares. Así, la ya citada STS de 23 de mayo de 2001²³, con buen criterio, reconoce el derecho del arrendador a percibir la diferencia entre ambas rentas, pues se ciñe mejor al daño efectivamente producido²⁴:

«Si el fundamento de la norma del artículo 56 de la Ley Arrendaticia era evitar a los propietarios los perjuicios dimanantes de la temporal falta de ocupación de sus viviendas o locales debida al incumplimiento por el arrendatario de los compromisos contraídos respecto a la duración del arriendo, si resultare que por cualquier causa tal desocupación y la consiguiente imposibilidad de obtención de frutos civiles no se produce, o si las mismas tienen lugar solo de modo limitado o parcial, el potencial perjuicio que el legislador trataba de evitar desaparece o bien se reduce en alguna medida, circunstancias que necesariamente han de ser tenidas en cuenta a la hora de fijar la indemnización que el precepto establece» (FD 5.º).

Sin embargo, la STS de 30 de abril de 2007²⁵ considera que el daño indemnizable es el derivado de la falta de ocupación de la finca y no estima indemnizable el hecho de que en el nuevo arrendamiento se perciba una renta menor²⁶:

«Que el ex-arrendatario haya de pagar las diferencias de renta porque el arrendador haya vuelto a arrendar el local en condiciones

ya reiterados pronunciamientos de la Sala, entre los cuales cabe destacar la ya citada Sentencia de 30 de octubre de 2007 –en la que se citan otras–, en la que se razona que, si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo en determinadas ocasiones la imposibilidad de modificar cuantitativamente la indemnización resultante de la estricta y rigurosa aplicación del artículo 56 LAU 64, y muestra de ello son algunas de las sentencias que se citan en el recurso, también lo es que la doctrina más reciente de esta sala se ha inclinado por admitir que la fijación de la indemnización por desistimiento del arrendatario debe hacerse en atención a las circunstancias de cada caso, permitiendo por tanto su moderación. Por lo tanto, la Sentencia recurrida no se opone en este punto a la jurisprudencia de la Sala, sin que exista legal infracción alguna» (FD 5.º).

²³ STS 490/2001, de 23 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Romero Lorenzo.

²⁴ La sentencia recurrida en casación fija la cuantía de la indemnización a percibir atendiendo a la diferencia de precio entre la renta primitiva y la del nuevo arrendamiento.

²⁵ STS 477/2007, de 30 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. El Tribunal Supremo estima el motivo del recurso, que alega infracción del artículo 56 LAU en la sentencia que condena al arrendatario a abonar las rentas correspondientes al tiempo en el que el inmueble permaneció desocupado y la diferencia entre lo que habría cobrado como renta en el contrato extinguido y la pactada en el nuevo arrendamiento.

²⁶ CARRASCO PERERA (2021, 24/27, nota al pie 59) denuncia que, con esta forma de proceder, no se incentiva al arrendador a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento y mitigar el daño.

económicas que le son perjudiciales, es un criterio que carece de base legal en el artículo 56 LAU 64. (...) Se entiende que el artículo 56 LAU 64 presupone la existencia del daño si el local permanece desocupado, no en otro caso, pues existiría un enriquecimiento injusto del arrendador, que cobraría la indemnización por el daño y la renta del nuevo arrendamiento» (FD 4.º).

En segundo lugar, es posible encontrar alguna decisión jurisprudencial, como la STS de 18 de marzo de 2010²⁷, que va más lejos y limita la indemnización que debe abonar el arrendatario en un caso en el que no consta que el arrendador de un local comercial procediera a realizar un nuevo arrendamiento. En su demanda, la parte arrendadora exige una indemnización de daños y perjuicios que incluye la totalidad de las rentas que restan por pagar (131 mensualidades). La compañía demandada se opone y solicita que se fije la indemnización por una cuantía correspondiente a una anualidad de rentas o, en su defecto, una indemnización equivalente al tiempo que el local haya permanecido vacío. Frente a la sentencia de primera instancia, que estima totalmente la demanda, la Audiencia provincial, con una interpretación correctora del artículo 56 LAU 64, declara que la indemnización de daños y perjuicios debe limitarse «a los verdaderos perjuicios sufridos por la arrendadora, que en el caso no son otros que los equivalentes al tiempo que se estima como razonable para volver a alquilar el local, desplegando una actividad normal para ello [...] dado que lo contrario supondría un claro enriquecimiento injusto para la arrendadora». Fija la indemnización en la cantidad equivalente a un mes de renta por anualidad dejada de cumplir, es decir, a diez mensualidades de renta. El Tribunal Supremo justifica la reducción del importe de la indemnización amparándose en la probabilidad que tiene el arrendador de volver a arrendar el local de negocio:

«Así pues, reconocida la validez de la moderación por parte de los órganos judiciales en la determinación de la indemnización en supuestos como el presente en el que se extingue una relación arrendaticia iniciada bajo la vigencia de la LAU 64 por la sola voluntad del arrendatario, deben ser valoradas, como se indicó anteriormente, las expectativas legítimas del arrendador y del arrendatario.

En el presente caso, no cabe duda del notable enriquecimiento con el que, sin causa justificada, se vería favorecida la arrendadora de ser estimada su pretensión íntegramente (indemnización de 131 mensualidades de renta), pese a la más que notable duración de la

²⁷ STS 186/2010, de 18 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Román García Varela.

relación arrendaticia (en torno a 30 años) y pese a las altas probabilidades de encontrar un nuevo inquilino, tal y como considera probado la Audiencia, que asuma el pago de una renta por importe igual o superior a la que hacía frente el ahora recurrido. Por todo ello, esta Sala considera conveniente moderar la indemnización procedente, que debe quedar establecida, en atención al principio de congruencia, en doce mensualidades de renta, a razón de 1.207,08 euros por cada una de ellas, dado que este período de tiempo se considera, ante la naturaleza y ubicación del inmueble, más que suficiente para encontrar un nuevo arrendatario que dé respuesta a las justificadas pretensiones económicas de la arrendadora» (FD 2.º).

Esta sentencia se ha utilizado, de hecho, como ejemplo de aplicación de la regla que impone la carga de mitigar el daño²⁸ (*vid. infra* III.2.3.6).

1.2 La indemnización en caso de venta del inmueble

Por último, es importante mencionar la respuesta que el Tribunal Supremo ha dado cuando el arrendador no celebra un nuevo arrendamiento, sino que vende el inmueble. En esta circunstancia, la STS de 17 de octubre de 1998²⁹ llega a la conclusión de que no procede una reducción de la indemnización con el argumento de que la posible ventaja que los arrendadores hayan obtenido con la venta les vino dada por la conducta incumplidora de la arrendataria, a lo que añade que no resulta aplicable la jurisprudencia que reduce la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64 puesto que se ciñe a los casos en los que el local se ha vuelto a arrendar. En un primer momento, Carrasco Perera afirmó que la doctrina que se deriva de la solución del Tribunal Supremo en esta sentencia no es acertada³⁰. En la actualidad, citando esta misma decisión jurisprudencial, sostiene que el lucro de reventa del inmueble que obtiene el arrendador no puede ser tomado en cuenta para disminuir la indemnización debida por el arrendatario que desaloja la finca, si ese daño se cifra en las rentas dejadas de percibir³¹.

²⁸ Ver al respecto CARRASCO PERERA (2021, 24/27) y RODRÍGUEZ ROSADO (2013, p. 257).

²⁹ STS 957/1998, de 17 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Alfonso Villagómez Rodil (FD 3.º).

³⁰ CARRASCO PERERA (2005, núm. 7).

³¹ CARRASCO PERERA (2021 23/10). *Vid. infra* III.2.3.3.

También en la STS de 15 de julio de 2002³², el Tribunal Supremo rechaza una reducción de la indemnización prevista en el artículo 56 LAU como consecuencia de la venta del inmueble. Según el arrendador, el desistimiento de la arrendataria le impidió hacer frente a la hipoteca que gravaba la nave y tuvo que proceder inmediatamente a su venta (menos de un mes desde la restitución del inmueble). Por último, con un pronunciamiento muy claro, la STS de 15 de diciembre de 2004³³ insiste en no reducir la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64 en el caso de venta del inmueble arrendado:

«La puesta en venta del local tras recuperar su posesión la arrendadora no fue sino una consecuencia lógica de su desalojo por la hoy recurrente, al tiempo que una situación diferente de la celebración de un nuevo y subsiguiente contrato de arrendamiento a la que la jurisprudencia sí ha atendido para evitar una notoria desproporción de la indemnización prevista en el citado artículo 56 LAU 64» (FD 4.º).

1.3 La situación actual de la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64

En definitiva, es posible concluir que, en la actualidad, respecto del artículo 56 LAU 64 –cuya aplicación resulta hoy totalmente marginal–, existe una opinión pacífica sobre la necesidad de paliar los efectos de una interpretación estricta de su tenor, hasta el punto de que la cuantía de la indemnización que contempla se puede moderar cuando, atendidas las circunstancias y ponderando los intereses de ambas partes, resulta procedente. En este sentido se pronuncia, en *obiter dictum*, la STS de 3 de abril de 2018³⁴:

«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 artículo 56 LAU 64, en solución que ha sido mantenida hasta la actualidad» (FD 1.º).

³² STS 744/2002, de 15 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Jesús Corbal Fernández.

³³ STS 1187/2004, de 15 de diciembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Marín Castán.

³⁴ STS 179/2018, de 3 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.

Por tanto, está asentada la idea de que la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64 para los casos en los que el arrendatario decide desalojar anticipadamente el inmueble arrendado (vivienda o local de negocio) puede ser objeto de moderación para ajustarse a los daños efectivamente ocasionados cuando el arrendador vuelve a arrendar el bien o, incluso, cuando deberían haber sido menores si hubiera sido diligente en la búsqueda de un nuevo arrendamiento³⁵. Sin embargo, en el caso de venta del bien, el Tribunal Supremo ha sostenido siempre que no procede aminorar la cuantía de la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64.

2. EL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO DE VIVIENDA: EL ARTÍCULO 11 LAU 94

La LAU 94 abandona la distinción tradicional entre arrendamiento de vivienda y arrendamiento de local de negocio para diferenciar entre arrendamiento de vivienda (dedicado a satisfacer la necesidad de vivienda permanente) y arrendamiento para uso distinto al de vivienda (art. 3 LAU 94). Mientras que, en el arrendamiento de vivienda, el legislador concede importantes medidas de protección al arrendatario, en la regulación del arrendamiento para uso distinto al de vivienda y, por tanto, en el arrendamiento de local de negocio, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato (art. 4.3 LAU 94). Por ello, es necesario atender a esta distinción para dar una respuesta adecuada a la cuestión planteada.

2.1 El contenido del artículo 11 LAU 94

La LAU 94, aplicable a los contratos de arrendamiento celebrados a partir del 1 de enero de 1995, contempla expresamente la posibilidad de que arrendatario restituya anticipadamente el inmueble arrendado en el caso de arrendamiento de vivienda. Además, lo hace con unos efectos muy diferentes a los previstos en la legislación de 1964. En concreto, el artículo 11 LAU 94 regula el denominado «desistimiento del contrato»:

«El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treín-

³⁵ VALLADARES RASCÓN, *CCJC*, 1990, pp. 781-782, GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Dereito*, 2010, pp. 119 y 120); ÁLVAREZ LATA, *CCJC*, 2018, p. 269, CARRASCO PERERA, 2013, I. 3, nota al pie núm. 2.

ta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización».

La redacción actual del precepto procede de la reforma efectuada en 2013. En su tenor inicial, el artículo 11 establecía:

«En arrendamientos de duración pactada superior a cinco años, podrá el arrendatario desistir del contrato siempre que el mismo hubiere durado al menos cinco años y dé el correspondiente preaviso al arrendador con una antelación mínima de dos meses.

Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste de cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.»

La reforma del precepto tiene por finalidad ampliar su ámbito de aplicación a todos los contratos de arrendamiento de vivienda, con independencia de su duración, reducir el tiempo de contrato que tiene que haber transcurrido para poder ejercer el derecho de desistimiento y limitar el plazo de preaviso del arrendatario³⁶.

El precepto, en su redacción actual, es claro en sus presupuestos y en sus consecuencias. Contempla un derecho de desistimiento exclusivamente a favor del arrendatario de vivienda que surge una vez que han transcurrido al menos seis meses de contrato. Se trata de un derecho del arrendatario que no requiere justificación en su ejercicio y que se ejercita mediante una comunicación al arrendador que no está sujeta a requisitos de forma. Una vez transcurridos los seis primeros meses de contrato, puede ejercitarse en cualquier momento, pero la denuncia no será eficaz hasta que no hayan trans-

³⁶ La doctrina tiene una visión crítica de la reforma. CARRASCO PERERA (2013, I.2) se muestra, en general, muy crítico, pues considera que «generará relaciones arrendaticias inestables y poco productivas en términos de ventajas mutuas», y afirma que este es el único precepto de la reforma que está diseñado para favorecer al arrendatario. GUILARTE GUTIÉRREZ (2014, A. VI y B.3) sostiene que la generalización del derecho de desistimiento supone una gran mejora en la situación del arrendatario, pero en unos términos que, a su vez, pueden resultar «injustificadamente depresivos» de la situación del arrendador. Señala ÁLVAREZ LATA (CCJC, 2018, p. 270) que la reforma del artículo 11 se ha interpretado como una compensación al arrendatario por la relajación de los requisitos de denegación de la prórroga por necesidad y no tanto como un efecto positivo para la dinamización del mercado del alquiler, aunque reconoce que la medida favorece la movilidad de los inquilinos y, por tanto, la competitividad del mercado.

currido treinta días desde su recepción³⁷. A partir de ese momento, el contrato queda extinguido y ambas partes quedan liberadas.

En cuanto a sus consecuencias, en principio, el desistimiento es libre, pero la ley admite que se pacte en el contrato que el arrendatario «indemnice» al arrendador³⁸. En este caso, la ley ha querido fijar la cuantía de la indemnización estableciendo un límite máximo al importe de la indemnización pactada por las partes. Dicho límite lo fija en una mensualidad de renta por cada año de contrato que reste por cumplir (con el prorrateo proporcional para periodos inferiores al año). Esta indemnización opera con un cálculo abstracto del daño, con independencia del alcance real de los daños provocados al arrendador con la terminación anticipada del contrato (que pueden ser mayores o menores según las circunstancias)³⁹. La norma tiene carácter imperativo, por lo que resulta nulo el pacto que contemple una indemnización cuya cuantía supere el máximo legalmente previsto (art. 6 LAU 94).

2.2 La posible aplicación analógica del artículo 11 LAU 94

Puesto que el artículo 11 LAU 94 solo contempla el desistimiento del arrendatario de vivienda, se ha planteado qué sucede en los arrendamientos de local de negocio, cuando las partes no han pactado un derecho de desistimiento a favor del arrendatario y este pretende restituir el bien y finalizar el contrato de forma anticipada⁴⁰.

La STS de 20 de mayo de 2004⁴¹ plantea de lleno esta cuestión. En el caso resuelto en la sentencia, las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de un local por un periodo de diez años. Cuando apenas han transcurrido los primeros meses, la parte arrendataria da por terminado el contrato. En el momento de fijar la cuantía de la indemnización no se había celebrado un nuevo arrendamiento y restaba tiempo de contrato⁴². La sentencia dictada en

³⁷ Aunque la ley se refiere a un «preaviso», CARRASCO PERERA (2013, V) afirma que estamos en presencia de una «denuncia» del contrato que debe ser emitida con treinta días de antelación al momento en el que haya de ser eficaz.

³⁸ Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ sostiene que la indemnización del artículo 11 LAU 94 opera aunque las partes no la hayan pactado (2014, A. VII).

³⁹ CARRASCO PERERA, 2013, I. 3.

⁴⁰ Sobre el pacto de una indemnización en caso de desistimiento del contrato de local comercial, *vid. infra* III.1.

⁴¹ STS 388/2004, de 20 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Antonio Romero Lorenzo.

⁴² Comentando esta sentencia, CARRASCO PERERA (CCJC, 2005, pp. 606 y 607) considera que son elementos decisivos del juzgador el hecho de que faltan casi diez años de contrato y que, en el momento de juzgar, carece de una visión retrospectiva sobre el curso de los hechos y la conducta del arrendador el tiempo que debió durar el contrato. Normalmente, cuando se dicta la sentencia de instancia ya ha transcurrido el periodo de duración

apelación declara resuelto el arrendamiento por desistimiento unilateral (sin que esta posibilidad se hubiera pactado en el contrato) y condena a la arrendataria a abonar a la arrendadora el importe correspondiente a un mes de renta por cada año que restaba de contrato, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Contra esta sentencia, la arrendadora presenta un recurso de casación en el que alega infracción del artículo 4.1 CC, por considerar que el tribunal de apelación aplica por analogía el artículo 11.2 LAU 94 sin que se cumplan los presupuestos para ello⁴³.

En su sentencia, el Tribunal Supremo rechaza el motivo de casación:

«El Tribunal de apelación, valorando los datos que han sido anotados, entendió que resultaba excesiva la pretensión de las actoras de percibir las rentas correspondientes a 9 años y 6 meses, al no constar probado que concurrieran circunstancias que hicieran previsible una especial dificultad para hallar un arrendatario al que se pudiese solicitar una renta similar a la pactada. En consecuencia, decidió aplicar por analogía la suma máxima prevista en el artículo 11-2.º LAU 94 para los arrendamientos de vivienda, pues de esta forma la indemnización correspondiente a las arrendadoras que ascendía (incluido el I. V. A.) a 1.653.000 pesetas, concedía a las mismas un plazo razonable para encontrar otro arrendatario.

Esta Sala acepta el criterio tenido en cuenta en la sentencia recurrida, por considerarlo correcto, ya que igualmente entiende que el plazo de algo más de 9 meses –independientemente de la actitud inicialmente adoptada por las arrendadoras en cuanto a hacerse cargo de las llaves– debe considerarse suficiente para obtener una nueva ocupación del local o locales de litigio, a cambio de la percepción de una renta de mercado» (FD 2.º).

Aunque se ha mantenido que en este caso lo que se plantea no es la aplicación por analogía del derecho de desistimiento, sino de los criterios indemnizatorios previstos en el artículo 11 LAU 94⁴⁴, lo cierto es que la sentencia de la Audiencia y la dictada por el Tribunal Supremo consideran que el contrato quedó resuelto por desistimiento unilateral del arrendatario, a pesar de que no se había contemplado en el contrato y de que, en su demanda, la arrendadora solicitaba la resolución por incumplimiento de la arrendataria⁴⁵. En cualquier caso, es importante hacer notar que, si bien se acude al criterio de cálculo abstracto del daño previsto en el artículo 11

del contrato, con lo que el juzgador sabe si ha sido o no realquilado, o por qué motivo no lo ha sido, así como la cuantía de la renta pactada en el nuevo contrato.

⁴³ Se refiere a la redacción del artículo 11 LAU 94 antes de la reforma de 2013, cuyo segundo párrafo contemplaba la posibilidad de que las partes pactaran la indemnización.

⁴⁴ CARRASCO PERERA, *AJ*, 2005, p. 3 y GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Derecho*, 2010, pp. 121 y 122, nota al pie núm. 18.

⁴⁵ *Vid.* AH 1.º y 2.º y FD 1.º de la sentencia.

LAU 94, y se ampara en su aplicación analógica al caso, lo cierto es que se insiste en justificar la solución a la que se llega en el hecho de que la indemnización cubre un tiempo suficiente (nueve meses) para obtener una nueva ocupación del local, es decir, se justifica como un cálculo probable del daño⁴⁶.

Así mismo, en el caso resuelto en la STS de 18 de marzo de 2010 (*vid. supra* II.1.1), el tribunal de instancia había moderado la cuantía de la indemnización aplicando analógicamente el criterio indemnizatorio del artículo 11.2 LAU 94 y el Tribunal Supremo lo reconoce:

«La sentencia de la Audiencia ha resuelto moderar la rigidez del artículo 56 LAU 64, y, dado que desde el momento de finalización del contrato la arrendadora no ha llevado a cabo actividad alguna tendente a concertar un nuevo arriendo, ha acudido, a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria, a la aplicación analógica del artículo 11.2 LAU 94, por lo que ha concretado la indemnización en atención a la suma de las mensualidades restantes para alcanzar la siguiente anualidad, en definitiva, a diez meses de renta» (FD 2.º).

El Tribunal Supremo no cuestionó el criterio, aunque modificó la cuantía de la indemnización para que hubiera congruencia con la indemnización que estaba dispuesto a pagar el propio arrendatario y que alcanzaba a doce meses de renta.

Lo cierto es que en el caso de arrendamiento para uso distinto de vivienda no se dan los presupuestos necesarios para una aplicación analógica del artículo 11 LAU 94. Las razones son varias. En primer lugar, porque el artículo 11 LAU 94 está ubicado en las normas relativas al arrendamiento de vivienda; si el legislador hubiese querido que el desistimiento que contempla y las consecuencias indemnizatorias que puede llevar aparejadas operaran también en el resto de los arrendamientos, lo habría ubicado en las normas comunes a todos los arrendamientos urbanos⁴⁷. En segundo lugar, porque, tal y como se ha señalado anteriormente, el artículo 11 LAU 94 fija un límite a la autonomía de la voluntad cuando las partes deciden pactar una indemnización en caso de desistimiento por el arrendata-

⁴⁶ CARRASCO PERERA (*CCJC*, 2005, pp. 606 y 607) afirma que el Tribunal Supremo, aunque sin mencionarlo expresamente, tiene en cuenta que, si se concedieran las rentas por los casi diez años que restan de contrato, «sería altamente probable que el arrendador se enriqueciera de forma no equitativa, dadas las altísimas probabilidades y los convenientes incentivos que existen para que este arrendador vuelva a alquilar el local cuando ya se hubiese embolsado la suma correspondiente al primer arrendamiento».

⁴⁷ CARRASCO PERERA también menciona la posibilidad de que el legislador hubiera hecho una remisión al artículo 11 LAU 94 al regular el resto de los arrendamientos (*CCJC*, 2005, p. 608). Igualmente, ORDÁS ALONSO, *CCJC*, 2010, p. 1560.

rio⁴⁸, su función no es establecer un criterio para calcular el lucro cesante en estos supuestos (que debería tener en cuenta no tanto el tiempo que restaba de contrato, sino el tiempo necesario para celebrar un nuevo arrendamiento). De hecho, este límite no se puede trasladar al contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda cuando las partes pactan una cláusula penal en caso de desistimiento, pues la LAU 94 parte en estos casos de la libertad de pacto⁴⁹. Y, por último, pero muy importante, realmente no hay una laguna que cubrir a través de la analogía, pues, aunque estos casos no están expresamente regulados en la LAU 94, tienen solución acudiendo a las normas del Código civil, que rigen con carácter supletorio (conforme a lo establecido en el artículo 4.3 LAU 94)⁵⁰. Al régimen del Código civil para calcular la indemnización por rentas dejadas de percibir se dedica el apartado III.2 de este trabajo.

Confirmando esta conclusión, la STS de 3 de octubre de 2017⁵¹ se muestra tajante y niega la aplicación analógica del derecho de desistimiento del artículo 11 LAU 94 a un arrendatario comercial. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia y estima el recurso presentado por la parte arrendadora basado en la indebida aplicación analógica del artículo 11 LAU 94. Para ello, argumenta con dos razones. La primera es que no se dan los presupuestos para dicha analogía (art. 4 CC):

«El artículo 11 LAU 94 regula el desistimiento para el arrendamiento de viviendas, pero no se recoge un supuesto similar en el arrendamiento para uso distinto de vivienda, figura que no precisa de tutela específica al estar subordinada a los pactos existentes entre las partes (art. 1255 CC), por lo que no procede una aplicación analógica del precepto al carecer de identidad de razón (art. 4 CC)» (FD 5.º).

La segunda razón que ofrece el Tribunal Supremo para negar la aplicación analógica es que admitir el desistimiento unilateral del arrendatario para uso distinto de vivienda vulneraría lo previsto en el artículo 4.3 LAU 94, que establece que el contrato se regirá por lo acordado por las partes (que no contemplaron una facultad de este tipo a favor del arrendatario):

«El artículo 4.3 LAU 94 determina que las partes regirán sus relaciones de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, por lo que en la sentencia recurrida se infringe dicho precepto en cuanto impone la aplicación del artículo 11 LAU 94 que no está

⁴⁸ *Vid. supra* II.2.

⁴⁹ CARRASCO PERERA, *CCJC*, 2005, p. 608.

⁵⁰ CARRASCO PERERA, *CCJC*, 2005, p. 616 y ORDÁS ALONSO, *CCJC*, 2010, p. 1560.

⁵¹ STS 539/2017, de 3 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

previsto para los arrendamientos para uso distinto de vivienda, desequilibrando el sustrato económico que las partes tuvieron en cuenta para pactar el contrato, alterando las bases del mismo. En la resolución recurrida se permite una renuncia anticipada y unilateral a la duración del contrato, cuando este prevea que el plazo sería obligatorio para ambas partes» (FD 7.º)⁵².

Insiste en ambas cuestiones la STS de 23 de julio de 2018⁵³, consolidando esta interpretación como jurisprudencia (recientemente reiterada en la STS de 5 de julio de 2021⁵⁴). En esta misma dirección, la doctrina se muestra clara a la hora de negar la aplicación analógica del desistimiento del arrendatario de vivienda a los contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda. Existen opiniones en este sentido incluso con anterioridad a la STS de 3 de octubre de 2017⁵⁵.

2.3 La influencia en la jurisprudencia del criterio indemnizatorio previsto en el artículo 11 LAU 94

A pesar de declarar, finalmente, que no resulta procedente una aplicación analógica del derecho de desistimiento del artículo 11 LAU 94 en los supuestos de arrendamiento comercial, el Tribunal Supremo ha aceptado en alguna ocasión que los criterios indemnizatorios que contempla este precepto pueden servir como pauta de carácter orientativo a la hora de fijar la indemnización por rentas dejadas de percibir.

Así sucede en la STS de 9 de abril de 2012⁵⁶, respecto del arrendamiento de un local de negocio en el ámbito de la LAU 94, donde el Tribunal Supremo acude a los criterios previstos en el artículo 11 LAU 94 para calcular la indemnización por lucro cesante. En el caso resuelto por la sentencia, las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de un local para la instalación de un supermercado. El contrato tenía prevista una duración de veinticinco años, si bien se reconocía al arrendatario un derecho de desistimiento del contrato a partir del sexto año. Además, se contemplaba

⁵² Sobre esta sentencia, *vid.* SÁENZ DE JUREBA, *RCDI*, 2018, pp. 540 y 541.

⁵³ STS 481/2018, de 23 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (FD 5.º y 6.º).

⁵⁴ STS 485/2021, de 5 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Luis Seoane Spielberg. (FD 2.º).

⁵⁵ Con anterioridad a la STS de 3 de octubre de 2017 lo defendieron CARRASCO PERERA, (*CCJC*, 2005, p. 608); GUILARTE GUTIÉRREZ (2014, A. VIII) y ORDÁS ALONSO (*CCJC*, 2010, p. 1560). Comentando la sentencia y a favor de su doctrina, TORAL LARA, *CCJC*, 2018, pp. 300 y 302; En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, *CCJC*, 2018, p. 270.

⁵⁶ STS 221/2012, de 9 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Juan Antonio Xiol Rios.

la posibilidad de que la arrendataria no comenzara a abonar las rentas hasta que no obtuviera licencia de explotación (con un máximo de ocho meses de renta). Declarada la resolución del contrato por incumplimiento de la arrendataria, la discusión se centra en el importe de la indemnización correspondiente al lucro cesante por rentas dejadas de percibir, que la arrendadora cifra en el importe de las rentas correspondiente a seis años de contrato⁵⁷. El Tribunal Supremo asume las labores del tribunal de instancia y procede a «ponderar» el importe de las rentas correspondientes a los seis años de duración obligatoria del contrato. Condena al arrendatario a abonar el importe de las rentas correspondientes a los ocho meses en los que el local permaneció sin actividad (y a disposición de la arrendataria)⁵⁸ y completa esta cantidad añadiendo una suma fijada en una proporción equivalente a la renta de un mes por cada año previsible de duración del contrato, fijando definitivamente el importe de la indemnización en la cuantía correspondiente a catorce meses de renta. Según afirma el Tribunal Supremo, esta apreciación se funda en la falta de elementos probatorios más consistentes acerca de las dificultades o la imposibilidad durante un tiempo más dilatado que el ordinariamente previsible en circunstancias normales de concertar un nuevo arrendamiento del local en unas condiciones económicas similares:

«La Sala tiene en este caso en cuenta, como pauta de carácter orientativo, entre otros preceptos de la misma Ley, lo dispuesto en el artículo 11, párrafo segundo, LAU 94 para los arrendamientos de vivienda de duración pactada superior a cinco años, en el cual se fijan los criterios con arreglo a los cuales puede pactarse en favor del arrendador una indemnización en los supuestos de desistimiento por parte del arrendatario. Dando por supuesto que el artículo no es aplicable al caso, debe presumirse que en la fijación de estos criterios el legislador ha tenido en cuenta pautas económicas adecuadas para fijar como promedio el alcance del lucro cesante derivado de la frustración de la percepción de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento prematuramente extinguido» (FD 4.º).

⁵⁷ La sentencia de primera instancia reconoce una indemnización equivalente a ocho meses de contrato (periodo transcurrido desde el inicio del contrato hasta que la arrendataria comunicó a la arrendadora su voluntad de resolverlo), mientras que la sentencia de apelación amplía la cuantía de la indemnización a la renta correspondiente a los seis años de contrato, descontando los ocho meses en los que la arrendataria estaba exenta de pagar la renta.

⁵⁸ Según indica el FD 4.º de la sentencia: «La suspensión en el cobro de rentas respondía sin duda al interés de la parte arrendadora en los beneficios que pensaba obtener mediante la percepción futura de las rentas durante el período del contrato, por lo que dejó de tener sentido económico al producirse, sin justificación, la resolución unilateral por la arrendataria».

Carrasco Perera afirma que esta sentencia es la culminación de una evolución jurisprudencial en la determinación del límite máximo de la indemnización por lucro cesante en el ámbito de la LAU⁵⁹. Sin embargo, la argumentación empleada por el Tribunal Supremo merece alguna crítica cuando afirma que el criterio previsto en el artículo 11 LAU 94 se ha establecido para fijar, como promedio, el alcance del lucro cesante. El criterio previsto en el artículo 11 LAU 94, que fija el límite máximo de la indemnización que pueden pactar las partes en caso de desistimiento del arrendatario de vivienda, no tiene como finalidad cubrir el daño que efectivamente se produce al arrendador (que puede ser de una cuantía superior o inferior a la que se recibe por la aplicación de este criterio), sino que pretende establecer una regla de cálculo abstracto del daño que no puede ser empleada para un fin distinto del previsto. Este criterio, adoptado en una norma claramente protectora del arrendatario, toma como referencia el importe de la renta y el tiempo que restaba de contrato, sin atender a lo verdaderamente importante a la hora de calcular el lucro cesante por rentas dejadas de percibir, que es el tiempo necesario para volver a arrendar el bien (que no depende solo de la duración del contrato, sino también, de las circunstancias de las partes, las características del bien y la situación del mercado). Ante la resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario, y en ausencia de norma que establezca otra cosa, el arrendador tiene derecho a que se le resarza el daño efectivamente sufrido y para su cálculo, no es idóneo como parámetro orientativo el criterio establecido en el artículo 11 LAU 94, porque sus referentes son distintos (*vid. infra* III.2.3.5 y 2.3.6).

III. LA RESTITUCIÓN ANTICIPADA DEL LOCAL DE NEGOCIO COMO INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO

Puesto que la LAU 94 solo contempla el derecho de desistimiento del arrendatario de vivienda y este derecho no resulta aplicable por analogía al arrendamiento comercial, queda determinar cuál es la respuesta de nuestro Ordenamiento en los casos en los que el arrendatario restituye anticipadamente el local de negocio. Para ello, hemos de tener en cuenta, como ya se ha indicado, que, conforme a lo previsto en el artículo 4.3 LAU 94, este tipo de arrendamientos se rige por la voluntad de las partes; en su defecto, por

⁵⁹ CARRASCO PERERA (2013, VI).

lo previsto en el título III de la Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El punto de partida es que el contrato debe cumplirse en los términos convenidos, lo que incluye la obligación de respetar el plazo de duración del arrendamiento. Conforme a lo previsto en el artículo 4.3 LAU 94, es posible –y sucede a menudo en la práctica– que las partes contemplen la facultad del arrendatario de desistir y poner fin al contrato de forma anticipada. Además, pueden acordar que esta extinción anticipada no tenga ningún coste para él o bien, lo que suele ser muy habitual, establecer una cantidad de dinero que debe pagar por ello (cláusula penal)⁶⁰. Sobre las cláusulas penales por desistimiento del arrendatario, existe una nutrida e importante jurisprudencia. Actualmente, el Tribunal Supremo, apartándose de precedentes no muy lejanos, como la STS de 29 de mayo de 2014⁶¹, niega, con carácter general, la posibilidad de moderar una cláusula penal que contemple un incumplimiento parcial (como puede ser que, en el caso de desistimiento del arrendatario, se abone el equivalente al importe de las rentas pactadas hasta que finalice el periodo previsto de contrato, y ello, aunque el inmueble se vuelva a arrendar). La STS de 13 de septiembre de 2016 (del Pleno)⁶² mantiene esta jurisprudencia que blinda la moderación las penas convencionales pactadas para incumplimientos parciales, pero permite una moderación de la pena, a través de la aplicación analógica del artículo 1154 CC. Esta posibilidad solo se contempla cuando la diferencia entre la cuantía que hay que pagar en virtud de la cláusula penal y la cuantía de los daños efectivamente causados por el incumplimiento resulta extraordinariamente elevada como consecuencia de un cambio en las circunstancias que era imprevisible en el momento de contratar⁶³. Es la parte

⁶⁰ La doctrina interpreta que si las partes contemplan en el contrato una indemnización para el supuesto de desistimiento anticipado están aceptando la posibilidad de un desistimiento y pactan sus consecuencias (TORAL LARA, *CCJC*, 2018, p. 296); CARRASCO PERERA 2021, 23/3.

⁶¹ STS 300/2014, de 29 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (FD 3.º), que admite la posibilidad de moderar la pena convencional pactada para el desistimiento del arrendatario en el caso de que el importe de la pena se equipare al importe de las rentas previstas hasta el fin del contrato.

⁶² STS 530/2016, de 13 de septiembre (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno); Ponente: D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

⁶³ BLAZQUEZ MARTÍN, *La Ley*, 2022, pp. 7 y 8. *Vid.* STS 853/2021, de 10 de diciembre (Sala Primera, de lo civil); Ponente: Antonio García Martínez, F. D. 3.1 apartado 7.2.

incumplidora la encargada de alegar y probar esta circunstancia⁶⁴. Con todo, las sentencias más recientes sobre la materia han descartado la moderación de la pena en el caso concreto al considerar que no concurrían las circunstancias necesarias para ello. Así sucede en los casos resueltos en las SSTs de 5 de julio de 2021⁶⁵ y de 20 de abril de 2022⁶⁶.

Lo que resta de este trabajo se ciñe al supuesto en el que las partes no han pactado una cláusula penal en caso de finalización anticipada del contrato a iniciativa del arrendatario. Para determinar las consecuencias de esta finalización anticipada es necesario acudir a la normativa común del Código civil puesto que la LAU 94 no contiene ninguna previsión especial.

En primer lugar, no cabe duda de que la inobservancia del plazo de duración del contrato por el arrendatario debe ser calificada como un incumplimiento. Este hecho lleva a plantear qué posibilidades de actuación tiene el arrendador y qué mecanismos de defensa le ofrece el Ordenamiento. Una primera posibilidad sería que el arrendador decidiera aceptar la restitución anticipada del bien y considerar que el contrato se ha extinguido anticipadamente como consecuencia del mutuo disenso. Sin embargo, también puede negarse a aceptar la propuesta y reaccionar con los remedios que le ofrece el Ordenamiento ante el incumplimiento del arrendatario. Para determinar cuáles son estos remedios, es necesario acudir al Código civil, ya que la única previsión que hay en la LAU 94 para los contratos para uso distinto de vivienda se encuentra en el artículo 35, que contiene una remisión parcial al artículo 27 LAU 94 que no contempla el incumplimiento de la duración prevista en el contrato.

Según el artículo 1556 CC, en caso de incumplimiento, el arrendador puede optar entre mantener el contrato y exigir el cum-

⁶⁴ BLAZQUEZ MARTÍN, *La Ley*, 2022, p. 8. *Vid.* STS 193/2021, de 12 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán, sobre cláusula penal en contrato de compraventa, FD 2.º apartado 2.3 y la jurisprudencia que cita y STS 485/2021, de 5 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg (FD 2.º, apartado 3.º).

⁶⁵ STS 485/2021, de 5 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg. (FD 2.º, apartados 3.º y 4.º). La cláusula penal en cuestión contemplaba que en caso de desistimiento del arrendatario tenía que abonar el importe correspondiente a las rentas del periodo que restaba de contrato, según el Tribunal Supremo, no queda acreditado que el importe de la cláusula penal haya resultado extraordinariamente superior al daño efectivamente sufrido.

⁶⁶ STS 317/2022, de 20 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán. (FD 7.º y 8.º). Se trataba de un contrato de subarrendamiento que contenía una cláusula penal espejo de la del contrato principal que contemplaba la obligación del subarrendatario de abonar (entre otros conceptos) el importe total de la renta del periodo pendiente de contrato en caso de abandono anticipado del local. El Tribunal Supremo declaró que no era procedente la moderación de la pena, aun cuando constaba que el contrato principal también se había resuelto y la propietaria había celebrado un nuevo arrendamiento.

plimiento o provocar su resolución, y acompañar cualquiera de estos dos remedios con la indemnización de los daños y perjuicios. En el caso de que opte por la resolución, se aplica el artículo 1124 CC y los artículos 1101 CC y siguientes para la indemnización de daños y perjuicios (*vid.* art. 1568 CC).

Precisamente sobre las distintas situaciones que se pueden plantear se pronuncia la STS de 18 de marzo de 2016⁶⁷, que señala que en la jurisprudencia de la Sala se han presentado tres grupos de casos: 1.º casos en los que el contrato contiene una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de desistir unilateralmente del contrato mediante el pago de una cantidad de dinero; 2.º casos en los que no existe una cláusula de este tipo, el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el contrato, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato; y 3.º casos en los que, sin existir la cláusula mencionada, ante la propuesta del arrendatario, el arrendador opta por que opere la resolución del contrato basándose en el incumplimiento del arrendatario que restituye anticipadamente y la acompaña de la indemnización de los daños y perjuicios⁶⁸. Son varias las sentencias que reiteran este planteamiento⁶⁹. Aunque me ocuparé de algunos aspectos relativos al segundo caso, concretamente a los posibles límites de la pretensión de cumplimiento del arrendador (*vid.* apartado IV), me voy a centrar en el tercero de los casos planteados: cuando, ante la restitución anticipada del inmueble, el arrendador opta por la resolución del contrato.

El remedio resolutorio resultará especialmente útil al arrendador cuando tenga interés en poner fin a la relación con el actual arrendatario y recuperar la disposición del bien arrendado. En el caso de que hubiese rentas pendientes de satisfacer antes de la resolución del contrato, el arrendador podrá reclamarlas, pero una vez resuelto el contrato ya no tendrá derecho a las rentas que se hubieran devengado si el contrato se hubiera mantenido. Respecto

⁶⁷ STS 183/2016, de 18 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (FD 4.º).

⁶⁸ En el caso en cuestión el Tribunal Supremo resuelve que se trata de un caso del grupo dos, en el que arrendador solicita el cumplimiento del contrato al exigir el pago de las rentas adeudadas (FD 4.º).

⁶⁹ En el mismo sentido, la STS de 3 de octubre de 2017 [STS 539/2017, de 3 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas], que a su vez menciona las SSTS de 18 de marzo de 2016 y de 16 de mayo de 2017 [894/2017, de 16 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas], que, en el caso concreto, afirma: «en base al artículo 1124 CC, el arrendador podía solicitar el cumplimiento del contrato, como ha hecho, exigiendo el pago de las rentas adeudadas y las que quedaban por vencer. Igualmente, podrá instar la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, pero no optó por esa vía» (FD 9.º).

de estas últimas, solo cabe plantearse su abono por la vía de la indemnización de daños y perjuicios que puede acompañar a la resolución.

2. LA INDEMNIZACIÓN POR LAS RENTAS DEJADAS DE PERCIBIR COMO GANANCIA PERDIDA

2.1 El artículo 1480 del Proyecto de Código civil de 1851

Antes de entrar a analizar en qué consiste la indemnización que puede acompañar a la resolución del contrato de arrendamiento por restitución anticipada del bien arrendado, me parece importante e ilustrativo comenzar mostrando cómo afrontó esta cuestión el Proyecto de Código civil de 1851, precedente del Código civil. El motivo es muy sencillo, su solución se aproxima mucho a la que se ha desarrollado en la práctica.

En la regulación del contrato de arrendamiento de bienes, el Proyecto de Código civil de 1851 CC (en adelante, PCC 1851) incorporaba una norma específica para determinar en qué consistía la indemnización de daños y perjuicios cuando tenía lugar la resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario. Según el artículo 1479 PCC 1851, en caso de incumplimiento del arrendatario, cabía la posibilidad de que el arrendador pidiera «la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o solo esto último, dejando subsistente el arriendo». Si optaba por la «rescisión» (resolución), el artículo 1499 PCC 1851 se remitía a lo previsto en el artículo 1042 PCC 1851, que regulaba el remedio resolutorio con carácter general (precedente del actual art. 1124 CC). Sin embargo, para la indemnización de daños y perjuicios que acompaña a la resolución, el PCC 1851 contenía una norma especial en la propia regulación del contrato de arrendamiento. Se trataba del artículo 1480 PCC 1851, que establecía lo siguiente:

«Si se resolviese el contrato por falta del arrendatario, tiene éste obligación de pagar el precio del arrendamiento por todo el tiempo que medie, hasta que se pueda celebrar otro, además de los daños y perjuicios que se hayan irrogado al propietario.»

García Goyena afirmaba que este precepto estaba inspirado en el artículo 1760 CC francés, que tiene una redacción prácticamente idéntica a la del precepto español⁷⁰. Aunque el artículo francés se

⁷⁰ Artículo 1760 CC francés: «*En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus.*»

aplica exclusivamente al arrendamiento de inmuebles urbanos, García Goyena justificaba que la norma española se incluyera en las disposiciones comunes a ambos tipos de inmuebles (rústicos y urbanos) y añadía que incluso era extensible a todos los contratos bilaterales⁷¹.

Las enseñanzas que podemos extraer del artículo 1480 PCC 1851 (y su precedente francés) es que, en caso de resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario (en principio, todo tipo de incumplimiento, no solo la inobservancia del plazo de duración del contrato), se considera que uno de los daños sufridos por el arrendador es el importe de las rentas dejadas de percibir. Ahora bien, no se trata de pagar toda la renta prevista hasta la finalización normal del contrato, sino solo la correspondiente al tiempo necesario para que el arrendador vuelva a arrendar el inmueble. García Goyena afirmaba claramente que, en la indemnización de daños, debía incluirse la «pérdida de la renta hasta la celebración de otro arriendo» y lo conectaba con el artículo 1011 PCC 1851, que regulaba el régimen general de la indemnización de daños y perjuicios⁷². Además, respecto a este nuevo contrato de arrendamiento, señalaba que «el arrendador deberá practicar las diligencias convenientes para poder celebrarlo», lo cual conecta con lo que denominaremos «deber de mitigar el daño»⁷³, e incluso contemplaba la posibilidad de que el propio arrendatario practicara dichas diligencias para proporcionar un nuevo arrendatario y liberarse en adelante⁷⁴.

2.2 La regulación del Código civil

El Código civil carece de un precepto como el artículo 1480 PCC 1851. Quizá esta omisión se deba al hecho de que –como ya apuntaba el propio García Goyena– el legislador llegó a la conclusión de que esta solución resulta aplicable a todos los contratos y que, por tanto, no es necesaria una norma especial sobre indemnización en caso de resolución del contrato de arrendamiento. Por ello, para determinar la indemnización en caso de resolución del arrendamiento por incumplimiento del arrendatario de su obligación de respetar el tiempo de contrato, es necesario acudir a los

⁷¹ GARCÍA GOYENA, 1852, p. 781.

⁷² GARCÍA GOYENA, 1852, p. 781.

⁷³ *Vid. infra* III.2.3.6.

⁷⁴ GARCÍA GOYENA (1852, p. 781) advertía de que, en caso necesario, podía acudir al juez, para que lo autorizara a proceder por sí mismo al arriendo.

preceptos que regulan con carácter general el remedio indemnizatorio: los artículos 1101 CC y siguientes.

Mientras que el artículo 1101 CC contiene el fundamento normativo para la indemnización de daños por incumplimiento, el artículo 1106 CC determina las partidas indemnizables y el artículo 1107 CC delimita el ámbito material de los daños resarcibles. En cuanto a las partidas indemnizables, el artículo 1106 CC incluye tanto el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, como el de la ganancia que haya dejado de obtener, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, entendido este último como la ganancia frustrada como consecuencia del incumplimiento⁷⁵. En caso de ejercicio conjunto de la resolución del contrato y de la indemnización de daños y perjuicios, está hoy generalmente admitido que la indemnización comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener⁷⁶.

Lo anterior significa que, en el caso de resolución del arrendamiento por incumplimiento del arrendatario, por lo que respecta a la partida relativa al lucro cesante, se tendrá en cuenta, entre otras posibles ganancias frustradas, las rentas dejadas de percibir, puesto

⁷⁵ Vid. MORALES MORENO, 2010, p. 31; CARRASCO PERERA (2021, 23/2 y 23/57) y SÁENZ DE JUREBA, *RCDI*, 2018, p. 540.

PARRA LUCÁN (*RDP*, 2019, p. 77) lo define como «la ganancia que era de esperar con cierta probabilidad, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto y que, como consecuencia del incumplimiento contractual del deudor (...) no se han producido».

⁷⁶ Aunque sobre esta cuestión ha existido tradicionalmente en Derecho español una disparidad de opiniones en torno a si procede indemnizar dejando al acreedor en la situación en la que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado (interés contractual negativo), defendida por un importante sector doctrinal (DELGADO ECHEVERRÍA, *CCJC*, 1985, pp. 2956 y 2957; JORDANO FRAGA, *CCJC*, 1990, pp. 1102 ss.; y más recientemente, PARRA LUCÁN, *RDP*, 2019, p. 79;) o si es posible que la indemnización le coloque en la posición que tendría si el contrato se hubiese cumplido (interés contractual positivo), que es la solución que ha sido defendida por numerosos autores (PANTALEÓN PRIETO, 1989, p. 1143 y pp. 1152-1155; Díez PICAZO, 2008, XXIII. § 5.18; SOLER PREZAS, 1998, pp. 82 ss.; GÓMEZ POMAR, 2002, p. 41, nota al pie núm. 31 e *InDret*, 2007, pp. 20 y 21 y p. 30; MORALES MORENO, 2010, pp. 186 y 187 y RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 236 y 237, y p. 257, respecto del contrato de arrendamiento).

CARRASCO PERERA (2021, 23/28) sostiene que el contratante que ejercita la resolución puede optar entre ambas vías de resarcimiento salvo que se haya previsto una fórmula determinada o esta resulte de la ley; en cualquier caso, aclara que la división no es fundamental pues diversas partidas del daño resarcible pueden liquidarse indistintamente como daño positivo o negativo (2120, 23/23). GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA (*ADC*, 2014, pp. 1227 a 1229) defienden que sería conveniente reabrir la discusión doctrinal puesto que, desde el punto de vista de la eficiencia, la medida indemnizatoria asociada a la resolución no tiene que ser siempre y en todo caso la misma. Sostienen estos autores que no caben soluciones uniformes, sino que, dependiendo de las características de los incumplimientos, de los contratantes y de las dinámicas contractuales, será preferible una combinación u otra entre la resolución y la modalidad y el monto de la indemnización.

que constituyen ganancias que el arrendador habría obtenido si el contrato se hubiese cumplido en los términos previstos⁷⁷.

2.3 Los criterios para calcular el importe de la indemnización

Ni el artículo 1106 CC ni el artículo 1107 CC establecen reglas precisas para calcular el importe de la indemnización. En el caso del contrato de arrendamiento y, más concretamente, respecto del daño producido por dejar de percibir las rentas previstas, los problemas que surgen no son de prueba de su existencia⁷⁸, sino que, como se verá a continuación, lo que sucede es que se plantean dudas sobre su extensión y, más concretamente, con el límite temporal de su indemnización. Hay que tener en cuenta que la función del remedio indemnizatorio no es punitiva sino resarcitoria, por lo que solo se han de reparar los daños que efectivamente se producen. A falta de normas específicas para cuantificar esta partida indemnizatoria, hasta ahora, se ha procedido caso por caso, atendiendo a las circunstancias presentes. Esto significa que es muy difícil establecer reglas generales y las que contemplamos a continuación se han de adaptar a las circunstancias concretas y especiales que puedan concurrir.

En primer lugar, para determinar cuál es la ganancia perdida por el arrendador, es necesario calcular el «beneficio neto» que obtenía el arrendador. Este beneficio neto se extrae de descontar al importe de las rentas que percibe del arrendatario, los gastos que tiene que realizar para cumplir el contrato. Estos gastos están constituidos por los gastos que genera el inmueble y que soporta el arrendador según lo pactado en el contrato y los derivados de las obligaciones de mantenimiento y reparación del inmueble, además de los gastos de gestión del contrato. Por tanto, una primera operación que hay que realizar para calcular el beneficio que ha dejado de percibir obliga a tener en cuenta ambos aspectos: a la renta pendiente de percibir hay que restarle los gastos futuros mencionados⁷⁹. A pesar del consenso que hay en la doctrina al respecto, lo

⁷⁷ Son lo que DÍEZ PICAZO denomina «lucro interno», es decir, el flujo monetario que el contrato habría generado (2008, XXIII. § 5.21).

⁷⁸ CARRASCO PERERA (2021, 23/57).

⁷⁹ DÍEZ PICAZO, 2008, XXIII. § 5.21; MORALES MORENO, 2010, p. 51 y PARRA LUCÁN, *RDP*, 2019, p. 81. CARRASCO PERERA se refiere a la «ganancia neta» deducidos los costes del propio cumplimiento (2021, 23/54).

cierto es que en las decisiones jurisprudenciales no se suele aludir a esta cuestión⁸⁰.

En segundo lugar, para calcular la indemnización por las rentas perdidas hay que tener en cuenta el hecho de que, en este caso, la indemnización acompaña al remedio de la resolución del contrato. El remedio resolutorio, además de los efectos liberatorios, tiene efectos restitutorios, que hacen que el arrendador recupere el bien arrendado de forma anticipada y pueda disponer de él⁸¹. Si el arrendador que recupera la disponibilidad del bien lo emplea en un nuevo destino, este hecho puede tener consecuencias en los daños que el incumplimiento le ha provocado⁸². El problema está en que el arrendador ha podido disponer del bien de muchas maneras. Aunque con ocasión del artículo 56 LAU 64, ya se ha visto cómo la jurisprudencia, para fijar la cuantía indemnizatoria, atiende a lo que ha sucedido tras la resolución. Principalmente ha tratado el caso de celebración de un nuevo arrendamiento y, en menor medida, la venta del inmueble. Atendiendo a este criterio empleado por la doctrina y la jurisprudencia, aquí se analizarán las situaciones más frecuentes.

En este sentido, lo más habitual es que, recuperado el inmueble, el arrendador celebre un nuevo arrendamiento (*vid.* III. 2.3.1); aunque es posible que opte por vender el inmueble (*vid.* III. 2.3.2); o, incluso, explotarlo él mismo (*vid.* III. 2.3.3); también puede ocurrir que el inmueble se destruya (*vid.* III. 2.3.4); o bien, que permanezca desocupado todo el tiempo que restaba de contrato (*vid.* III. 2.3.5). En todos los casos mencionados, en el momento de calcular la indemnización del lucro cesante, el tiempo de contrato ya ha transcurrido y es posible analizar retrospectivamente qué es lo que ha sucedido. Por último, queda determinar cómo se calcula el importe de la indemnización por rentas dejadas de percibir cuando, en el momento de realizar la operación, el bien permanece desocupado y todavía resta tiempo de contrato (*vid.* III. 2.3.6).

⁸⁰ GONZÁLEZ MALABIA y TENT ALONSO (*Dereito*, 2010, p. 129). Es difícil encontrar pronunciamientos sobre ello. Así, sobre cálculo del beneficio neto para determinar la cuantía de la indemnización respecto del lucro cesante, *vid.* la STS 569/2013, de 8 de octubre [(Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo], en un caso de incumplimiento del preaviso de desistimiento unilateral en un contrato de concesión y la STS 63/2015, de 24 de febrero [(Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo], sobre resolución de un contrato de colaboración.

⁸¹ En este sentido, MORALES MORENO (2006, p. 43).

⁸² MORALES MORENO, 2010, p. 51 y p. 188: «Porque (...) la función de la indemnización no es enriquecer al acreedor, y el acreedor se enriquecería si la indemnización no tomara en cuenta la ventaja que, directamente, le ha producido la resolución». Con carácter general, sin centrarse en el remedio resolutorio, CARRASCO PERERA (2021, 23/6 y 23/7) se refiere a una liquidación neta de los daños puramente económicos en la que se compensan daños y ventajas.

2.3.1 CUANDO EL ARRENDADOR CELEBRA UN NUEVO ARRENDAMIENTO

Como se ha indicado, suele ser muy habitual que, recuperado el inmueble, el arrendador proceda a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento. Esta medida de autotutela del arrendador facilita la liquidación del daño provocado por el incumplimiento del arrendatario⁸³. Aquí pueden darse varios escenarios:

El primero de ellos, y el más sencillo, es que el nuevo arrendamiento se concluya inmediatamente después de recuperado el bien arrendado. Si la renta pactada en el nuevo contrato es idéntica a la que existía en el contrato extinguido (o con un importe superior), es evidente que no hay daño que resarcir en concepto de lucro cesante⁸⁴, aunque habrá que indemnizar al arrendador los costes de celebración del nuevo contrato⁸⁵. Si el nuevo arrendamiento se ha celebrado en condiciones razonables y la nueva renta es inferior a la pactada en el arrendamiento resuelto, entonces el arrendador deberá tener derecho en concepto de lucro cesante a la diferencia entre la renta del primitivo contrato y la del nuevo durante el tiempo que debería haber permanecido el primer contrato⁸⁶.

Sin embargo, lo más habitual es que transcurra un tiempo desde que se resuelve el contrato hasta que el arrendador consigue celebrar un nuevo arrendamiento. En este caso, el arrendador tiene derecho, además de a la diferencia de renta (si es que esta existe), a que se le abone, en concepto de lucro cesante, las ganancias perdidas como consecuencia de haber dejado de percibir las rentas el tiempo que el bien ha estado desocupado⁸⁷. Ahora bien, eso solo será así, siempre que no haya una demora injustificada en la cele-

⁸³ DÍEZ PICAZO, 2008, XXIII. § 5.21 y MORALES MORENO, 2020, p. 183.

⁸⁴ CARRASCO PERERA (2021, 23/6 y 23/7) sostiene que es un caso de «saldo neto del daño», porque con la celebración del negocio de cobertura el acreedor no ha sufrido daño alguno por esta partida.

⁸⁵ CARRASCO PERERA (2021, 23/11) afirma que en el caso de que la renta del nuevo contrato sea superior, el plusvalor es deducible del coste de cobertura indemnizable por el deudor.

⁸⁶ CARRASCO PERERA, AJA, 2005, p. 13 y 2021, 23/60 y GONZÁLEZ MALABIA Y TENT ALONSO (*Dereito*, 2010, p. 129). En apoyo de esta solución, GARCÍA GOYENA (1852, p. 781) afirma: «(...) según la ley 51, título 2, libro 19 del Digesto, deberá también reputarse daño o pérdida lo menos que el propietario saque del nuevo arriendo, porque en realidad esto pierde o tiene de menos, y daño es *quantum tum mihi habest, quantumque lucrari potui*». Es lo que MORALES MORENO denomina «indemnización del interés en mantener la ventaja del intercambio» (2010, pp. 41-43 y 52).

Cfr. con las respuestas dispares ofrecidas por el Tribunal Supremo en el marco del artículo 56 LAU 64, *supra* II.1.

⁸⁷ Recordemos que el propio artículo 1480 PCC 51 contemplaba el pago de las rentas «hasta que se pudiera celebrar otro» (arrendamiento). Señala CARRASCO PERERA que ha ocurrido así en muchos casos resueltos en los tribunales, de tal forma que se indemniza con la renta contractual hasta el día que se produjo el nuevo arrendamiento (AJA, 2005, p. 13).

bración del nuevo contrato de arrendamiento, en cuyo caso, en atención al deber de mitigar el daño, procedería disminuir la cuantía de la indemnización al tiempo razonable para celebrar el nuevo contrato (sobre deber de mitigar el daño, *vid. infra* 2.3.5).

2.3.2 CUANDO EL PROPIO ARRENDADOR EXPLOTA EL INMUEBLE

Es posible que el arrendador, tras la recuperación del inmueble, decida no celebrar un nuevo arrendamiento y lo ocupe y explote él mismo. Procede entonces determinar cuál es el daño que efectivamente le ha provocado el incumplimiento. En este caso, no existe un nuevo contrato de arrendamiento (no hay una operación de reemplazo, porque no ha contratado con un tercero)⁸⁸.

Cuando esto sucede, cabe sostener, salvo casos especiales, que la restitución anticipada del inmueble ha permitido al arrendador proceder a su explotación directa. De esta forma, deja de existir el daño provocado por el incumplimiento, puesto que, con la utilización del inmueble, el arrendador con su decisión de no volver a arrendar está extrayendo él mismo todo el provecho que podía obtener del bien; en otras palabras, deja de existir el daño causado por el abandono anticipado del inmueble.

2.3.3 CUANDO EL ARRENDADOR VENDE EL INMUEBLE

Un caso diferente es aquel en el que el arrendador, que recupera la disponibilidad del inmueble de forma anticipada como consecuencia de la resolución del contrato, decide venderlo⁸⁹. Como ya se indicó, en el marco del artículo 56 LAU 64 nos encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que sostienen que no procede tener en cuenta este hecho y mantienen íntegra la indemnización prevista en dicho precepto, esto es, por el importe de todas las rentas pendientes, pues el Tribunal Supremo solo contempla la reducción de la indemnización en el caso de que el inmueble se vuelva a arrendar (*vid. supra* II.1).

Esta solución es acorde con la opinión doctrinal que sostiene que, puesto que las ventajas que obtiene el acreedor tienen su ori-

⁸⁸ Para que haya operación de reemplazo es necesario que se haya concluido una transacción con un tercero (*vid.*, aunque referido a los PICC, MCKENDRICK, 2015, p. 998).

⁸⁹ Se plantea el caso de una venta como decisión libre del arrendador en la organización de su patrimonio. En el caso de venta necesaria (en las circunstancias del arrendador) por la situación que ha creado la terminación del arrendamiento (como la que se presentó en la STS de 15 de julio de 2002, aunque en el ámbito del artículo 56 LAU 64), se podría pensar que es una venta obligada (un daño), pero plantea el problema del requisito de la «previsibilidad» de la situación del arrendador para el arrendatario en el momento de contratar.

gen en su propia capacidad de gestionar las consecuencias del incumplimiento, resulta cuestionable que aquellas deban redundar en beneficio del deudor incumplidor⁹⁰. En el caso que nos ocupa, esto significa que, para determinar el importe del daño resarcible resulta irrelevante el hecho de que el arrendador que ha recuperado anticipadamente el bien inmueble como consecuencia de la resolución haya procedido a su venta, puesto que no se pueden compensar los daños resarcibles con el lucro obtenido de la venta⁹¹.

Frente a ella, sin embargo, a falta de criterios legales expresos, es posible defender que el hecho de que el arrendador haya vendido el bien sí debe tener consecuencias en la determinación del daño provocado por el incumplimiento. A mi juicio, un criterio acertado para estos casos implicaría reconocer que el arrendador tiene derecho a que se le indemnice por las rentas dejadas de percibir hasta el momento en que se produjo la venta. A partir de ese momento, la venta del inmueble corrige la situación creada por el incumplimiento. Con ella, el arrendador transforma el objeto patrimonial en uno diferente: sustituye el inmueble por el precio obtenido. Conforme a la teoría económica de formación de precios, el precio de venta del inmueble se forma mediante el descuento a valor presente (en el momento de la venta) de las rentas futuras del inmueble. Dicho otras palabras, no hay rentas dejadas de percibir, puesto que se capturan todas en el precio de la venta. Ahora bien, sería posible que las rentas futuras que conforman el precio de venta fueran inferiores a las dejadas de percibir por el incumplimiento descontadas al valor presente. En este caso, procedería reclamar al arrendatario incumplidor la diferencia de valor entre las rentas del contrato resuelto y las que conforman el precio de venta, proporcionalmente al tiempo que restaba de contrato.

Esta segunda solución protege todos los intereses en juego y contempla los daños efectivamente producidos con el incumplimiento y posterior resolución del contrato. En la otra solución se está indemnizando un daño ficticio sin el respaldo de una norma que así lo establezca y sin tener en cuenta que, con la venta, el arrendador ha hecho imposible celebrar un nuevo arrendamiento. Si la jurisprudencia sigue sosteniendo la independencia entre la venta y la indemnización por rentas dejadas de percibir, para cuan-

⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, 1743; CARRASCO PERERA, 1989, pp. 689-693 y FENYO PICÓN, 2011, p. 1632.

⁹¹ *Vid.* la regla general aproximativa en CARRASCO PERERA, 2021, 23/5. Según afirma este autor: «no existe *compensatio* entre el daño causado y las *ventajas o gratificaciones directas concedidas por terceros al dañado* y que no tienen como cometido *favorecer o aliviar* la deuda del dañante, sino *hacer más soportable* la condición del dañado». Esta regla la ilustra con el ejemplo del arrendador que ha resuelto el contrato por incumplimiento del arrendatario y procede a la venta del inmueble. Insiste en ello en 23/10.

tificar su importe al menos habría de tenerse en cuenta el hecho de que el arrendatario ha restituido el bien de forma anticipada, que es precisamente lo que ha permitido al arrendador venderlo.

2.3.4 CUANDO SE DESTRUYE EL INMUEBLE

Puede suceder que, tras la recuperación del inmueble, éste se destruya antes de que hubiese transcurrido el tiempo previsto de duración del arrendamiento y antes de que se haya procedido a calcular los daños. Hay que tener en cuenta que la destrucción del inmueble, estando vigente el contrato, también habría provocado la resolución del contrato; por tanto, solo es oportuno indemnizar por las rentas dejadas de percibir hasta el momento de la destrucción del bien⁹². En estos casos, la determinación del lucro cesante por rentas dejadas de percibir tiene como límite la fecha en la que se produce la destrucción del inmueble, fecha a partir de la cual el arrendador deja de perder las ganancias de tenerla arrendada⁹³.

2.3.5 CUANDO EL INMUEBLE NO SE HA OCUPADO

Si, en el tiempo que restaba de contrato, el arrendador no ha procedido a celebrar un nuevo arrendamiento o no ha aprovechado el bien de alguna otra manera, en principio, es fácil concluir que el daño efectivamente ocasionado se corresponde con el beneficio neto (es decir, las rentas que hubiera percibido descontados los gastos futuros que hubiera tenido que realizar en la ejecución del contrato). Sin embargo, para completar el cálculo de la indemnización por rentas dejadas de percibir, es oportuno analizar la conducta del arrendador para comprobar que ha cumplido con el deber de mitigar el daño⁹⁴ que le corresponde como parte contratante que sufre el incumplimiento⁹⁵. Aunque este deber no está expresamente contemplado en el Código civil, tanto nuestra doctrina como

⁹² Aunque sin referirse a este caso, CARRASCO PERERA (2021, 24/18) afirma: «Si el deudor incumple repudiando el contrato, pero durante la que hubiera sido fase de ejecución del contrato aparece una contingencia que hubiera permitido al deudor exonerarse sin responsabilidad, sólo habrá responsabilidad por los daños sufridos por el acreedor hasta ese momento».

⁹³ CARRASCO PERERA (2021, 24/20).

⁹⁴ Empleamos esta denominación por ser la comúnmente utilizada, aunque realmente tiene naturaleza de carga del acreedor (PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 1743 y SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, p. 960) y, cómo tal, corresponde al acreedor decidir si efectúa o no la medida mitigadora (FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1662). En el caso de que incumpla esta carga, no se le impone una sanción (PÉREZ VELÁZQUEZ, *Indret*, 2015, p. 21).

⁹⁵ SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, p. 960 y MORALES MORENO, 2010, p. 52.

nuestra jurisprudencia lo consideran vigente en nuestro Ordenamiento, vinculado a las exigencias de la buena fe⁹⁶.

El deber de mitigar el daño implica que, ante el incumplimiento del arrendatario, el arrendador adopte todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias, se consideren razonables para evitar o limitar las consecuencias dañinas del incumplimiento del arrendatario⁹⁷. Si, debiendo adoptar dichas medidas, el arrendador no las adopta, el arrendatario tiene derecho a que se reduzca la indemnización por el daño provocado en la cuantía en que dicho daño pudo haberse evitado⁹⁸. Es el arrendatario que pretende la reducción de la indemnización en la cuantía de las pérdidas que se podrían haber evitado o mitigado quien tiene la carga de probar que el arrendador debería haber adoptado una medida razonable mitigadora del daño⁹⁹.

Como señala Morales Moreno, el carácter flexible de la regla de mitigación del daño impide fijar de antemano el tipo de medidas que hay que adoptar y el momento en el que se deben adoptar, puesto que todo dependerá de las circunstancias del caso¹⁰⁰. Estas circunstancias son de todo tipo: el carácter profesional o no de las partes, el comportamiento del propio arrendatario ante su incumplimiento, las características del inmueble, su ubicación, la situación del mercado, el tiempo transcurrido de contrato y el tiempo que reste de contrato (cuando más tiempo reste, hay mayores probabilidades de que, atendidas las circunstancias, el arrendador deba actuar para evitar que los daños se extiendan en el tiempo)¹⁰¹.

La medida más oportuna suele ser la operación de reemplazo, es decir, la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento,

⁹⁶ DÍEZ PICAZO, 2008, XXIII, §5.152; SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, pp. 963-964; MORALES MORENO, 2010, pp. 180 y 181; PÉREZ VELÁZQUEZ, *InDret*, 2015, pp. 22 a 24 y CARRASCO PERERA (2021, 24/26).

⁹⁷ SOLER PRESAS (*ADC*, 1995, p. 960) se refiere las medidas razonables «para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del incumplimiento», a lo que MORALES MORENO (2010, p. 180) añade las medidas para «evitar que el daño llegue a producirse». Refiriéndose expresamente al contrato de arrendamiento, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 257; y CARRASCO PERERA (2021, 24/27) menciona el deber del arrendador de mitigar su daño aceptando tomar las llaves que el arrendatario le devuelve, con independencia de las reclamaciones que luego pueda realizar, razón por la cual son de cuenta del arrendador los daños que sufra el bien después de su abandono y de que rehusara hacerse cargo de él.

⁹⁸ En otras palabras, no recuperará todos los daños efectivamente sufridos, sino solo los que no podían ser evitados ni aminorados (PÉREZ VELÁZQUEZ, *InDret*, 2015, p. 21).

⁹⁹ PARRA LUCÁN (*RDP*, 2019, pp. 81 y 82) afirma que puede resultar injustificado que el deudor que incumple se vea liberado de indemnizar un daño porque el acreedor no lo impidió: «Por ello, incumbe al causante del daño probar que (...) el acreedor incumplió el deber razonable y exigible, en atención a las circunstancias, de mitigar el daño».

¹⁰⁰ MORALES MORENO, 2010, p. 185.

¹⁰¹ PÉREZ VELÁZQUEZ (*InDret*, 2015, p. 28) insiste en que ninguna medida puede ser, *a priori*, abstractamente considerada como razonable o no, sino solo atendiendo a las circunstancias del caso.

en condiciones razonables¹⁰². Con una medida de este tipo, el arrendador, que se ha visto privado de las rentas por la devolución anticipada del bien arrendado, puede obtener directamente la ganancia frustrada con el incumplimiento y la resolución del contrato¹⁰³. Si atendiendo a las circunstancias es razonable que adopte esta medida y no lo hace, la indemnización por rentas dejadas de percibir se reducirá en la medida en que podría haberse paliado el daño sufrido.

En cualquier caso, la exigencia de la adopción de una medida mitigadora ha de entenderse que se plantea en el contexto de un plazo razonable. Es cierto que, con la resolución del contrato, el acreedor recupera la disponibilidad del bien y debe mitigar el daño, pero necesita un tiempo razonable para adoptar la medida que corresponda. La duración de este plazo –su «razonabilidad»– depende de las circunstancias concretas del caso (de nuevo, el comportamiento del propio arrendatario ante su incumplimiento¹⁰⁴, la ubicación del bien inmueble, las características del bien, el tiempo que resta de contrato). Este plazo razonable marca el límite del periodo en el que se indemniza al arrendador el lucro cesante consistente en las rentas dejadas de percibir¹⁰⁵. Dicho en otras palabras, si se llega a la conclusión de que el arrendador se ha retrasado injustificadamente en adoptar la medida mitigadora, entonces procede reducir el importe de la indemnización por el lucro cesante en la extensión correspondiente a dicho retraso¹⁰⁶.

Desde una consideración de orden económico, según Carrasco Perera, podría pensarse que a todo deudor (en nuestro caso al arrendatario) se le debe conceder la legítima expectativa de poder calcular la indemnización a la que estará obligado por el hecho de su incumplimiento. De esta manera, podrá planificar su estrategia de incumplimiento y tener la certidumbre de que el coste de la indem-

¹⁰² MORALES MORENO, 2010, p. 52 y pp. 182 y 183. PÉREZ VELÁZQUEZ (*InDret*, 2015, p. 45) afirma que el carácter razonable de la operación de reemplazo viene determinado por el momento de realizarla, por el precio o características de los bienes y por el esfuerzo realizado por el perjudicado para concluir un negocio alternativo; CARRASCO PERERA (2021, 24/28).

Sobre la no conveniencia de generalizar la solución del negocio de cobertura, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 1743 y SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, pp. 965 y 966.

¹⁰³ MORALES MORENO (2010, p. 181) advierte, no obstante, de que puede suceder que la operación de reemplazo realizada por el acreedor no subsane la pérdida de volumen en la serie de operaciones que podría haber realizado el acreedor en el correspondiente periodo de tiempo.

¹⁰⁴ MORALES MORENO hace hincapié en la importancia que tiene la conducta del propio deudor, por ejemplo, admitiendo o no su incumplimiento (o retrasándose en desalojar el inmueble) de tal manera que la actitud de éste puede justificar el retraso del perjudicado en adoptar medidas para mitigar el daño (p. 185).

¹⁰⁵ MORALES MORENO, 2010, pp. 183 y 184.

¹⁰⁶ Así lo contempla CARRASCO PERERA, 2005, *AJA*, núm. 11 (p. 13) en el caso de «una tardanza irrazonable en buscarse el arrendador ese alquiler sustitutorio».

nización que tendrá que abonar (si abandona el inmueble anticipadamente) será inferior a la desventaja que le supone continuar con el contrato. Esta consideración que podría resultar excesiva cuando los contratantes no están en situación de igualdad, no lo es cuando ambos sujetos son profesionales que, con su comportamiento procuran obtener lucros en el mercado. Tratándose de profesionales, el acreedor (arrendador) está obligado a mantener una conducta económica razonable (buscar un nuevo arrendamiento) de manera que el incumplimiento del deudor le resulte menos gravoso¹⁰⁷.

2.3.6 CUANDO EL INMUEBLE PERMANECE DESOCUPADO Y TODAVÍA QUEDA TIEMPO DE CONTRATO

Todas las situaciones descritas hasta ahora tenían en común que, en el momento de liquidar los daños, ya había transcurrido el plazo de contrato y se podía realizar una mirada retrospectiva de qué es lo que había sucedido. Más complicado es el caso en el que, en el momento de calcular el importe de la indemnización por lucro cesante, el arrendador no ha procedido a celebrar un nuevo arrendamiento y todavía no ha transcurrido todo el tiempo previsto de contrato. En este supuesto, en 2005, Carrasco Perera defendió lo que denominó «la única solución eficiente»¹⁰⁸. Según su propuesta, el arrendatario debería abonar, en primer lugar, el importe correspondiente a toda la renta devengada hasta el último momento procesal relevante para hacer alegaciones y, «adicionalmente el pago de una indemnización». Esta indemnización la cuantificaba en una mensualidad de renta por año que reste de contrato. Sostenía este autor que el procedimiento no supone una aplicación analógica del artículo 11 LAU (*vid. supra* II.2.1), sino que lo que obtiene de este precepto es «un método de cálculo del lucro cesante que es razonable» y que tiene en cuenta el plazo de duración del contrato¹⁰⁹. En 2013, reitera esta solución de considerar como cifra máxima del lucro cesante indemnizable una mensualidad de renta y la justifica en el hecho de que sería una sobrecompensación del arrendador concederle como indemnización el derecho al cobro de toda la renta pendiente, quedando por su parte en posesión de la cosa¹¹⁰.

Sin duda, la propuesta es muy sugerente: presenta, por un lado, el acierto de tener en cuenta que, con la resolución, el arrendador recupera la disponibilidad del bien y, por otro, la ventaja de su cál-

¹⁰⁷ CARRASCO PERERA, 2021, 24/26.

¹⁰⁸ CARRASCO PERERA, *AJA*, 2005, p. 13.

¹⁰⁹ CARRASCO PERERA, *AJA*, 2005, p. 13.

¹¹⁰ CARRASCO PERERA, 2013, núm. VI).

culo fácil, abstracto y objetivo. Sin embargo, plantea varios inconvenientes. El principal es la ausencia, en la normativa actual (tanto en la legislación especial sobre arrendamientos como en el régimen general), de un criterio semejante. A ello hay que añadir que el criterio descrito tampoco parece adecuado incorporarlo en un futuro. No parece que el parámetro elegido, «un mes de renta por año de que reste de contrato», sea el más conveniente. No olvidemos que el legislador emplea ese parámetro exclusivamente en el ámbito del arrendamiento de vivienda, donde juega un papel esencial la protección del arrendatario, y que lo emplea en el marco de una facultad reconocida al arrendatario de extinguir el contrato, su función no es calcular el daño en caso de una resolución por incumplimiento. Además, hay que recordar que su intención es limitar la cuantía máxima que las partes pueden pactar por el ejercicio de dicha facultad, pues en ausencia de pacto, el arrendatario no tiene que abonar cantidad alguna en concepto de indemnización por finalización anticipada del contrato.

A ello hay que añadir que esta forma abstracta de calcular el lucro cesante plantea el inconveniente de no atender a las circunstancias del caso, y, muy especialmente, a las posibilidades reales de celebrar un nuevo contrato (circunstancias y características de las partes, ubicación del inmueble, tipo de inmueble, situación del mercado). Únicamente toma como medida para el cálculo la renta pactada y el tiempo que restaba de contrato, lo que puede llevar a que el arrendador no quede plenamente resarcido de los daños sufridos¹¹¹ o a que reciba una suma de dinero superior al daño sufrido, sin que exista un respaldo legal para ello.

En la actualidad, Carrasco Perera insiste en la necesidad de limitar la indemnización del lucro cesante por rentas dejadas de percibir como consecuencia del abandono del inmueble por el arrendatario, cuando en el momento de liquidar el daño, el inmueble permanece desocupado. Dejando a un lado el criterio antes mencionado, sostiene que para calcular el importe de la indemnización hay que tener en cuenta que el arrendador solo puede reclamar la ganancia neta después de descontar el valor (ahorrado) de su propia prestación y de practicar la «deducción de una franquicia» por el riesgo de incertidumbre en cuanto a su efectiva realiza-

¹¹¹ Así lo reconoce el propio CARRASCO PERERA (2013, VII), que, comentando el derecho reconocido en el artículo 11 LAU 94 a favor del arrendatario, señala que no está sujeto a la carga de la plena indemnidad del otro contratante, y reconoce que el lucro cesante puede llegar a ser muy superior al *forfait* legal. Aclara que no se trata de una liquidación anticipada del daño por incumplimiento, por lo que no cabe la prueba de que los daños reales han sido mayores o menores que los resultantes del cálculo abstracto previsto por la ley y excluye otras partidas indemnizatorias cuya *ratio* sea la compensación del lucro cesante resultante de la pérdida de rentas futuras.

ción futura (por la posibilidad de realizar un negocio de cobertura en el plazo venidero) y como incentivo para que el acreedor mitigue cuanto antes su daño. Afirma que esta franquicia es la tasa de descuento que ha de aplicarse a la liquidación presente de las rentas futuras¹¹².

Sin embargo, en ausencia de criterios legales que contemplen la solución planteada u otra distinta, el importe de la indemnización debe calcularse atendiendo al daño efectivamente producido. Es cierto que, en el momento de cuantificar el daño, todavía resta tiempo de contrato, por lo que se hace necesario hacer una previsión teniendo en cuenta las posibilidades que tiene el arrendador de volver a arrendar el bien en ese tiempo. Esto significa que procederá aminorar la cuantía de la indemnización correspondiente a las rentas dejadas de percibir cuando, atendiendo todas las circunstancias concurrentes (no solo la renta y tiempo que resta de contrato), resulte razonable que el arrendador celebre un nuevo arrendamiento antes de que se agote el tiempo que restaba de contrato. Este criterio para reducir la cuantía de la indemnización del lucro cesante tiene como punto de partida «lo que es razonable» y conecta con la buena fe y el deber de mitigar el daño¹¹³. Presenta la gran ventaja de permitir poner un límite temporal para la indemnización de las ganancias dejadas de percibir, puesto que las circunscribe al tiempo que se estime razonable para que el arrendador celebre un nuevo contrato. Se trata de un cálculo hipotético realizado para el futuro, con independencia de lo que finalmente haga el arrendatario, pero totalmente conectado con las circunstancias concurrentes.

Es importante hacer hincapié en que, según esta propuesta, lo relevante no es solo el tiempo que restaba de contrato, sino que, atendidas las circunstancias (características de las partes, estado del inmueble, situación del mercado), resulte exigible que el arrendador adopte una medida mitigadora del daño y el tiempo razonable necesario para adoptar la medida. Con esta aplicación de la regla se evita el peligro que supone que el monto de la indemnización se extienda excesivamente, sobre todo en los contratos de arrendamiento de larga duración.

Ilustraré lo que acabo de exponer con un caso extraído de la STS de 12 de noviembre de 2009¹¹⁴. La propietaria de un solar se compromete a construir un edificio para albergar una residencia

¹¹² CARRASCO PERERA (2021, 23/57). Para su cálculo, propone acudir a métodos contables como el sistema del *Discounted Cash Flow*. (2021, 23/55)

¹¹³ PARRA LUCÁN, *RDP*, 2019, p. 81.

¹¹⁴ STS 749/2009, de 12 de noviembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

de mayores y, una vez construido, a cederlo en arrendamiento a la otra parte durante veinticinco años. Finalizada la construcción de la residencia, el contrato de arrendamiento no llega a ejecutarse. La parte arrendataria presenta una demanda solicitando la resolución del contrato por falta de entrega de la residencia. La arrendadora se opone a la demanda y, en reconvención, pide de forma principal el cumplimiento del contrato y, subsidiariamente, la resolución y una indemnización de daños y perjuicios que incluye la pérdida de las rentas previstas en una cuantía equivalente a diez anualidades de renta. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación, al igual que el pedimento principal de la demanda reconvencional; se admitió la petición subsidiaria de la arrendadora declarándose la resolución por incumplimiento y condenando a la arrendataria a abonar una indemnización en concepto de lucro cesante.

La sentencia dictada en primera instancia concede una indemnización equivalente a cuatro anualidades de renta y esta cantidad es reducida por la sentencia de apelación al importe correspondiente a una anualidad. En casación, se estima el recurso presentado por la arrendadora centrado en combatir la minoración de la indemnización y en mantener la corrección de la indemnización otorgada en primera instancia. El Tribunal Supremo parte de que hay claramente un beneficio que se ha dejado de percibir, y considera que «(1) a cuestión es el parámetro adecuado para determinar la cuantía». Teniendo en cuenta que la arrendadora se ha aquietado a lo que admitió el juzgado de primera instancia, considera que el parámetro utilizado por el juzgado de primera instancia es correcto, «ya que evita un enriquecimiento injusto al poder disponer de la residencia y al tiempo se compensa el perjuicio económico al no tener arrendada la residencia desde el tiempo en que estaba previsto en el contrato» (FD 3.º), sin ofrecer más explicaciones.

Según la propuesta desarrollada en este trabajo, la decisión sobre la cuantía de esta partida indemnizatoria podría haberse planteado en otros términos. Puesto que en el momento de calcular el lucro cesante restaban muchos años de contrato, y no se había celebrado un negocio de cobertura, el arrendatario podía probar que, conforme a la buena fe, dadas las circunstancias concurrentes, el arrendador debería haber adoptado, o deberá adoptar en un plazo razonable, alguna medida mitigadora del daño. De los hechos relatados en la sentencia, además del dato de la duración del contrato, se sabe que la arrendadora tiene la posesión del inmueble (puesto que ni siquiera llegó a hacerle entrega de él a la arrendataria); que la arrendataria está dispuesta a resolver el contrato; y que el inmue-

ble está en condiciones de ser explotado como residencia de mayores. Aunque pueden plantearse otras medidas mitigadoras, en principio, parece que la medida más conveniente será la celebración de un nuevo arrendamiento, siempre que las circunstancias lo permitan. La decisión del tribunal de reducir el importe de la indemnización del lucro cesante debería venir justificada atendiendo al tiempo que se estime razonable para la celebración de un nuevo arrendamiento. El arrendador tendrá derecho a que se le abone en concepto de lucro cesante el beneficio neto hasta el momento en que razonablemente debería haber procedido o deberá proceder al negocio de cobertura, con el límite de las cuatro anualidades que admitió la arrendadora en su recurso de casación¹¹⁵.

IV. LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA INDEMNIZACIÓN AL ARRENDADOR POR RENTAS DEJADAS DE PERCIBIR

Me parece oportuno completar este trabajo con una referencia a las propuestas de futuro para el Código civil con el fin de analizar cómo abordan la cuestión planteada y comprobar en qué medida estos textos han seguido los avances realizados por vía jurisprudencial y doctrinal en la materia o, incluso, han ido más allá. Finalmente, antes de llegar a unas conclusiones, analizaré brevemente en qué medida se aproximan estas soluciones a las previstas en la regulación sobre arrendamiento de bienes muebles contenida en el Marco Común de Referencia.

1. LA INDEMNIZACIÓN POR RENTAS DEJADAS DE PERCIBIR EN LAS PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL

Son dos los textos que voy a examinar en este apartado, en primer lugar, la Propuesta de Modernización del Código civil elaborada por la Sección civil de la Comisión General de Codificación, publicada en 2009, que propone una reforma del Código civil en lo relativo al régimen general del Derecho de obligaciones y contratos (en adelante, PMCC) y, en segundo lugar, la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho

¹¹⁵ Nótese que la aplicación en este caso del criterio previsto en el artículo 11 LAU 94 admitiría una indemnización por importe de veinticinco mensualidades (una por cada año de contrato).

civil, publicada en 2018, que contempla un nuevo Código civil con una regulación completa del contrato de arrendamiento (en adelante, PCC).

Según la regulación contenida en la PMCC, la voluntad del arrendatario de no respetar el tiempo de duración del contrato y restituir anticipadamente el inmueble arrendado constituye un incumplimiento de contrato¹¹⁶ que habilita al arrendador para acudir a los remedios que la Propuesta ha diseñado, entre los que se encuentra la resolución del contrato (arts. 1199 y ss.), que puede ir acompañada del remedio indemnizatorio (artículo 1202 párrafo segundo)¹¹⁷:

«Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes.»

El tercer párrafo del artículo 1202 PMCC contiene una norma novedosa en nuestro Derecho, con una presunción *iuris tantum* de un mínimo de daño que sufre la parte contratante que ejercita la resolución:

«Se presume que el daño causado es, como mínimo, igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto.»¹¹⁸

La remisión que hace el artículo 1202 PMCC a los artículos 1205 y siguientes de la PMCC, que regulan el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, ha permitido concluir que este texto acoge la reparación del daño conforme al interés positivo¹¹⁹. En este sentido, el primer párrafo del artículo 1207 PMCC contempla la indemnización del daño emergente y del lucro cesante¹²⁰. A continuación, rellenando un vacío existente hasta el momento, el segundo párrafo del artículo 1207 PMCC determina

¹¹⁶ Artículo 1188 PMCC párrafo primero: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten».

¹¹⁷ Vid. artículo 1190 PMCC.

¹¹⁸ FENYO PICÓN (ADC, 2011, p. 1616) encuentra un claro precedente a la misma en un texto de PANTALEÓN PRIETO (ADC 1993, pp. 1734 y 1735): « que juegue en favor del acreedor una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo».

¹¹⁹ FENYO PICÓN, ADC, 2011, p. 1615 y CLEMENTE MEORO, BMJ, 2011, pp. 13 a 15.

¹²⁰ Artículo 1207 PMCC párrafo primero: «La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener».

cómo se calcula el lucro cesante, que incluye las ganancias que el contratante que resuelve habría obtenido si el contrato se hubiera cumplido en los términos pactados¹²¹:

«Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias.»¹²²

Para completar el sistema, es importante tener en cuenta que la PMCC recoge expresamente el deber de mitigar el daño que corresponde al acreedor¹²³, pues, conforme al artículo 1211 PMCC:

«No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas.»¹²⁴

La Propuesta de Código civil de la Asociación de profesores de Derecho civil, publicada en 2018 (en adelante, PCC)¹²⁵, según indica en su Exposición de motivos, toma como texto de referencia la PMCC, de tal manera que la PCC podría considerarse una «reelaboración» de la misma¹²⁶.

La novedad de este texto se encuentra en que contiene una propuesta de regulación del arrendamiento de bienes (salvando la legislación especial sobre arrendamientos rústicos y urbanos)¹²⁷. En lo que a este estudio interesa, la PCC no contempla la facultad del arrendatario de poner fin unilateralmente al contrato de arrendamiento restituyendo de forma anticipada el bien arrendado¹²⁸. Esto supone que, de forma paralela a lo que

¹²¹ FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1615.

¹²² FENOY PICÓN (*ADC*, 2011, p. 1625) afirma que, con esta norma, se está codificando la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual no se indemnizan los daños dudosos o contingentes (los sueños de fortuna), sino los daños de los que haya cierta probabilidad objetiva de que lo sean según el curso normal u ordinario de las cosas y el caso concreto. *Vid.* CARRASCO PERERA, 2021, 23/56.

¹²³ A favor de que se incorporara una norma de este tipo en el Código civil, PANTALEÓN PRIETO (*ADC* 1993, p. 1743). FENOY PICÓN (*ADC*, 2011, p. 1664) valora positivamente la codificación realizada en la PMCC.

¹²⁴ PÉREZ VELÁZQUEZ (*InDret*, 2015, p. 14) considera que este precepto es la plasmación positiva de la doctrina jurisprudencial sobre la carga de mitigar el daño.

¹²⁵ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil*, 2018 (en adelante APDC)

¹²⁶ APDC, 2018, p. 198.

¹²⁷ APCC, 2018, p. 208, prestando atención a arrendamiento olvidados por el Código civil, como el arrendamiento de bienes muebles y el arrendamiento de industria.

¹²⁸ El artículo 526-1 PCC declara que «solo en los supuestos pactados o en los casos previstos por la ley puede una de las partes desvincularse unilateralmente del contrato». Respecto de estos últimos, la PCC regula la «denuncia» aplicable a los contratos de duración indefinida y el «desistimiento» para los contratos cuyo objeto consiste en obligaciones de hacer.

sucede actualmente en nuestro Ordenamiento, si el arrendatario muestra su intención de no continuar con el contrato y de desalojar el inmueble arrendado, el arrendador puede oponerse a la restitución y exigir el pago de la renta (*vid.* 518-5 PCC)¹²⁹, o bien optar por resolver el contrato (art. 564-9 PCC)¹³⁰ y, además, exigir la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento (art. 518-19 PCC)¹³¹.

En lo que respecta a la regulación del remedio indemnizatorio y la determinación de su cuantía, la PCC se ajusta a lo establecido en la PMCC y lo mismo sucede en el caso de la positivación del deber de mitigar el daño.

2. LOS LÍMITES AL DERECHO DEL ARRENDADOR A RECLAMAR EL PAGO DE LA RENTA Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DCFR

El Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR), publicado en 2009¹³², contiene, en su Libro IV, una regulación actual y completa del contrato de arrendamiento. Aunque se centra exclusivamente en el arrendamiento de bienes muebles, es interesante analizar esta regulación y la solución que ofrece en el caso en estudio, puesto que plantea vías alternativas a las analizadas hasta ahora (derecho de desistimiento del arrendatario, resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario e indemnización de daños y perjuicios) para afrontar la cuestión de la devolución anticipada del bien arrendado. En concreto, en determinadas circunstancias, el arrendador se ve primado de la posibilidad de seguir exigiendo el pago de las rentas, aunque puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios.

¹²⁹ Artículo 518-5 PCC: «*Pretensión de cumplimiento de obligación dineraria.*

El acreedor de una obligación pecuniaria tiene en todo caso el derecho a exigir el cumplimiento».

¹³⁰ Artículo 564-9 PCC: «*Incumplimiento de las obligaciones del arrendatario.*

El arrendador puede resolver el contrato si el arrendatario incumple de manera esencial su obligación de pago del precio o su obligación de uso diligente de la cosa arrendada, así como cualquier otra obligación pactada por las partes como principal».

¹³¹ Artículo 518-19 PCC: «*Resolución e indemnización de daños.*

Resuelto el contrato, quien haya ejercido la facultad resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños que le cause el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes».

¹³² STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009. El DCFR responde a la nueva forma de entender la vinculación contractual a partir de la CISG y de textos de *softlaw* como los PICC y los PECL, cuya influencia es clara.

Conforme a lo previsto en el IV. B.-2:102 (1) DCFR, la regla general es que, pactada una duración determinada del arrendamiento, ninguna de las partes puede poner fin al contrato unilateralmente y de forma anticipada:

«A definite lease period ends at the time determinable from the terms agreed by the parties. A definite lease period cannot be terminated unilaterally beforehand by giving notice.»

Ahora bien, aunque no contempla la posibilidad de una extinción anticipada del contrato por voluntad del arrendatario, el DCFR establece ciertos límites al derecho del arrendador a pretender el pago de la renta, distinguiendo según el arrendatario tenga o no bajo su control el bien arrendado. La aplicación de estos límites al derecho a exigir el pago de la renta, en la práctica, va a significar que el contrato finaliza anticipadamente y el arrendador recupera la disponibilidad del bien. La vía por la que se llega a este resultado no es la resolución instada por el arrendador ante la pretendida restitución del bien por el arrendatario (como sucede en nuestro Derecho), sino la eliminación del derecho a exigir el pago de la renta y su sustitución por una indemnización de daños y perjuicios. Si bien este trabajo se centra en el caso en que el arrendatario ya dispone del bien arrendado, es interesante comprobar cómo el DCFR resuelve la cuestión dependiendo de si el arrendatario ya ha tomado posesión del bien (en la normativa específica del contrato de arrendamiento) o todavía no lo ha hecho (contemplado en la normativa general sobre pretensión de cumplimiento).

En primer lugar, cuando el arrendatario no ha tomado todavía el control sobre el bien arrendado y resulta evidente que no está dispuesto a hacerlo, se aplican las normas generales del DCFR sobre el derecho a reclamar el cumplimiento en obligaciones pecuniarias. Según estas normas, el arrendador podrá, como regla general, exigir el pago de la renta (y, por tanto, el cumplimiento del contrato) durante todo el periodo del arrendamiento [III.3:301 (1) DCFR]. No obstante, el III.-3.301 (2) DCFR establece dos excepciones a la regla general:

«Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:

(a) the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or

(b) performance would be unreasonable in the circumstances.»¹³³

La aplicación de esta norma al contrato de arrendamiento significa que, cuando resulta evidente que el arrendatario no va a estar dispuesto a recibir el bien, el arrendador no puede exigir el pago de la renta si puede llevar a cabo una transacción sustitutiva (normalmente, un nuevo arrendamiento) sin un esfuerzo o gasto significativos¹³⁴. Tampoco puede exigir el pago de la renta si esto no resulta razonable atendiendo a las circunstancias.

En segundo lugar, y ya en el marco exclusivo del contrato de arrendamiento, el IV. B.-6:101 (1) DCFR establece un límite al derecho del arrendador a exigir el pago de la renta en el supuesto en el que el arrendatario ya tiene el control del bien arrendado. En este caso, si el arrendatario desea restituirlo anticipadamente y, dadas las circunstancias, resulta razonable que el arrendador acepte la devolución, el arrendador no puede exigir el pago de la renta:

«Where the lessee has taken control of the goods, the lessor may not enforce payment of future rent if lessee wishes to return the goods and it would be reasonable for the lessor to accept their return.»¹³⁵

Para determinar cuándo es razonable que el arrendador acepte la devolución de los bienes hay que tener en cuenta las circunstancias del caso: el tipo de bienes arrendados, la proporción del tiempo de arrendamiento pactado, la situación de las partes (si el arrendador es profesional es más fácil que acepte devolución de los

¹³³ El artículo 9:101(2) PECL también admite que el acreedor no pueda exigir el pago cuando todavía no haya cumplido su obligación y es claro que el deudor no estará dispuesto a recibir el cumplimiento y pueda realizar una operación de reemplazo razonable sin un esfuerzo o gasto significativo; así como cuando su exigencia sería irrazonable dadas las circunstancias. LANDO/BEALE, 2000, pp. 391 a 393.

¹³⁴ El arrendador tiene derecho a que se le cubran los gastos razonables.

¹³⁵ Los Principles of European Law. Lease of Goods (2008) contemplaban ambos supuestos en el artículo 6:103 PEL LG:

«Right to enforce performance of monetary obligations

(1) *The lessor is entitled to recover payment of rent and other sums due.*

(2) *Where the lessor has not yet made the goods available to the lessee and it is clear that the lessee will be unwilling to take control of the goods, the lessor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:*

(a) the lessor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or

(b) performance would be unreasonable in the circumstances.

(3) *Where the lessee has taken control of the goods, the lessor may recover payment of any sums due under the contract. This includes future rent, unless the lessee wishes to return the goods and it would be reasonable in the circumstances for the lessor to accept their return».*

bienes y los vuelva a arrendar; pero habrá casos en los que aceptar la devolución de los bienes anticipadamente no sea razonable)¹³⁶.

Si bien tanto el III.-3:301 (2) como el IV. B.-6:101 DCFR plantean un límite a la pretensión del arrendador de cumplimiento de la obligación de pagar las rentas futuras, este hecho no impide que reclame una indemnización de los daños y perjuicios. Así lo establecen expresamente el III.-3:303 DCFR y el IV. B.-6:101 DCFR (2). Este último precepto declara:

*«The fact that a right to enforce specific performance is excluded under paragraph (1) does not preclude a claim for damages.»*¹³⁷

Precisamente, la razón de permitir al arrendatario no recibir los bienes o devolverlos cuando, dadas las circunstancias, es razonable que el arrendador los retenga o acepte su devolución es que, en estos casos, por una parte, el arrendador puede ahorrar costes, al no llevar a cabo el cumplimiento, y, por otra, que el pago de la renta puede ser liquidado de una vez como indemnización de daños en lugar de cumplimiento futuro¹³⁸.

Esta indemnización debe poner al arrendador lo más próximo posible a la situación en la que se encontraría si se hubiese ejecutado el contrato, lo que lleva a tener en cuenta tanto las pérdidas sufridas como las ganancias no obtenidas (III.-3:702 DCFR)¹³⁹. Si el arrendador llega a celebrar un nuevo arrendamiento, se entiende que deja de existir la pérdida de beneficios¹⁴⁰, siempre que la nueva renta sea idéntica a la del primitivo contrato. Si la renta del nuevo contrato es inferior a la del primitivo, el arrendador tiene derecho a

¹³⁶ LILLEHOLT, 2008, pp. 263 y 264. Este precepto se ilustra con dos ejemplos: En el primero de ellos, X reside en el Pireo y trabaja para la empresa Z, que lo destina a trabajar durante un año en la sucursal que tiene en Noruega. X es propietario de un barco y se lo arrienda a Y durante el año que va a estar fuera. Después de un par de meses, Y se cansa de los mareos que sufre en el barco y quiere devolverlo. X ya no dispone de un sitio para amarrar el barco en el puerto y en esta época del año es difícil encontrar un nuevo arrendatario. En estas circunstancias, tiene sentido que X pueda seguir exigiendo el pago mensual de la renta según el contrato.

En el segundo ejemplo, X arrienda un caballo para unas vacaciones de cuatro semanas. Transcurrida una semana, X cae enfermo y no está en condiciones de montar el caballo ni de cuidarlo. En estas circunstancias, puede tener sentido que al arrendador Y, cuya actividad es el alquiler de caballos, se le exija que acepte la devolución del caballo y reclame una indemnización por daños y perjuicios en lugar de la renta semanal.

¹³⁷ En el mismo sentido se pronuncia el art. 9:103 PECL.

¹³⁸ LILLEHOLT, 2008, pp. 263 y 264.

¹³⁹ III.-3:702 DCFR: «General measure of damages

The general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived».

Vid. art. 7.4.2. PICC (2016) y art. 9:502 PECL.

¹⁴⁰ Vid. LILLEHOLT, 2008, p. 264.

recuperar la diferencia entre lo que habría cobrado con el contrato primitivo y lo que va a recibir en función del negocio sustitutivo, además de los daños por cualquier otra pérdida (III.-3:706 DCFR):

«Substitute transaction.

A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss.»

Solución que coincide con lo previsto en el artículo 75 CISG, para el contrato de compraventa internacional, y en los artículos 7.4.6 PICC (2016) y 9:507 PECL para todo tipo de contratos.

En el caso de que el arrendador no celebre un negocio de reemplazo, el III.-707 DCFR le permite exigir como daño la diferencia entre la «renta corriente» en el momento de la resolución del contrato y la prevista en el contrato resuelto, además de cualquier otro daño que haya sufrido:

«Current price.

Where the creditor has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance, the creditor may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the contract price and the price current at the time of termination as well as damages for any further loss.»

Esta misma solución la contempla el artículo 76 CISG (para el contrato de compraventa) y los artículos 7.4.6 PICC (2016) y 9:507 PECL para todo tipo de contratos. Así, en el caso de que la parte perjudicada haya resuelto el contrato y no haya efectuado una operación de reemplazo, estos textos facilitan la prueba del daño permitiéndole exigir la diferencia de precio entre el precio del contrato y el precio corriente, además del resarcimiento de cualquier otro daño¹⁴¹.

Por último, en la determinación de la cuantía de la indemnización se aplica la regla sobre la reducción de la pérdida¹⁴², de tal forma que el arrendatario no responde de los daños sufridos por el

¹⁴¹ Sobre el momento más idóneo para calcular los daños por renuncia anticipada al contrato, *vid.* SCOTT y KRAUS, 2013, pp. 801 y ss, aunque referido al supuesto de *anticipatory repudiation*.

¹⁴² LILLEHOLT, 2008, p. 264.

arrendador en la medida en que hubiera podido reducirlos adoptando medidas razonables (III.-705 DCFR)¹⁴³.

3. REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LAS PROPUESTAS

La PMCC, seguida en este punto por la PCC, plantea dos ventajas relevantes respecto de la situación actual del Código civil, centradas en el remedio indemnizatorio. Así, en primer lugar, la PMCC establece, aunque de forma muy somera, la manera de probar el lucro cesante, en el sentido de no exigir certeza absoluta sobre su existencia, bastando la probabilidad razonable del mismo según el curso normal de los acontecimientos. En segundo lugar, positiviza el deber de mitigar el daño y las consecuencias de su incumplimiento respecto del daño indemnizable. Con ello se consigue una plasmación legal de las soluciones actualmente vigentes.

Ello lleva a sostener que, según estos textos, para la cuantificación del lucro cesante por rentas dejadas de percibir, hay que estar, como hasta ahora, a las circunstancias concretas y determinar los daños en función de lo que suceda tras el incumplimiento. El arrendador tiene a carga de probar la existencia de daños y su alcance. Y el arrendatario tiene que demostrar que la cuantía de la indemnización debe reducirse, si en el caso concreto el arrendador no ha procedido a adoptar las medidas que eran exigibles, atendidas las circunstancias, para mitigar los daños.

Es importante tener en cuenta que, de forma consciente, las propuestas se apartan de las soluciones que contemplan los textos sobre contratos que tuvieron en cuenta en el momento de su elaboración: la CISG, los PICC y los PECL, así como el DFCR solo en el caso del PCC. A diferencia de lo que sucede en estos textos, la PMCC y el PCC optan por no incorporar unas normas específicas sobre presunción de daños y determinación de una cuantía mínima del daño en caso de operación de reemplazo, o en caso de que no se realice la operación de reemplazo, pero exista un precio de mercado. Si bien en el caso de que el arrendador celebre un nuevo arrendamiento, la solución a la que lleva la PMCC no difiere de la

¹⁴³ III.-3:705 DCFR: «Reduction of loss

(1) *The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.*

(2) *The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss».*

Vid. Art. 7.4.8 PICC (2016) y art. 9:505 PECL.

contemplada por los textos mencionados, puesto que en ambos casos el arrendador tiene derecho a la diferencia existente entre la renta del contrato resuelto y la del nuevo contrato (en el caso de que esta última sea inferior), sin embargo, cuando el arrendador no ha realizado un arrendamiento de reemplazo, en ausencia de criterios legales para cuantificar el daño, en la PCC hay que estar en todo caso a la prueba de los daños producidos y a la incertidumbre respecto a los criterios que empleará el tribunal según la situación (venta del inmueble, explotación por el arrendador, mantenimiento del inmueble desocupado...). Frente a ello, los textos analizados simplifican la solución, puesto que establecen un criterio similar para todos estos casos que presume el daño, facilitando su prueba al arrendador, sin necesidad de atender a lo que efectivamente ha sucedido. Según estos textos, se presume que, tras la resolución del arrendamiento, el daño provocado por el incumplimiento se materializa en la diferencia que hay entre la renta de mercado y la renta prevista en el contrato resuelto en el momento de producirse la resolución. La aplicación de un criterio de este tipo supone realizar un cálculo abstracto del daño y cuantificar el beneficio que le reporta la restitución del bien y su disfrute por él mismo, sin necesidad de que demuestre que efectivamente ha sufrido este daño¹⁴⁴. Ello permite al arrendatario hacer un cálculo *ex ante* del coste de su incumplimiento¹⁴⁵. Este criterio no es totalmente ajeno a nuestro Derecho, pero su ámbito de reconocimiento se limita al contrato de compraventa internacional de mercaderías, en los supuestos contemplados en el artículo 76 CISG, cuando la parte que ha declarado la resolución del contrato de compraventa no ha efectuado un negocio de reemplazo¹⁴⁶. Sin embargo, tratándose del contrato de arrendamiento, para terminar de calcular la indemnización es necesario tener en cuenta que el arrendador ha recuperado el bien de forma anticipada y con ello la opción de volver a disponer de él.

¹⁴⁴ MCKENDRICK, 2015, p. 1003.

¹⁴⁵ Esta forma de aproximarse a la cuantificación del daño conecta con los denominados *market damages* en la literatura norteamericana, entendidos como la diferencia entre la renta de mercado en el momento del incumplimiento y la renta pactada en el contrato (SCHWARTZ y SCOTT, *Columbia Law Review*, 2008, p. 1667). A juicio de estos autores, atender a los *market damages* constituye la mejor manera de compensar, por defecto, los daños, siempre que exista un mercado para ello. Esta forma de cuantificar los daños protege el interés de la expectativa de las partes al contratar, al mismo tiempo que se maximiza que las partes contraten de manera eficiente (pp. 1663 ss.).

Además, como señala SCOTT (*Chicago Law Review*, 1990, p. 1201), los daños quedan fijados *ex ante*, en el momento de celebración del contrato independientemente de la cuantía de los mismos y de lo que pueda acontecer posteriormente y no *a posteriori*, considerando otras circunstancias conocidas después.

¹⁴⁶ En contra de su incorporación a nuestro Derecho, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 1743.

Por último, merece una reflexión la forma en la que la PMCC, con carácter general, y la PCC, para el contrato de arrendamiento, afrontan los casos en los que el arrendatario de un bien mueble no desea o no puede continuar con el contrato. Siguiendo con la tradición de nuestro Derecho, el artículo 1192 PMCC no sujeta a ningún límite la pretensión de cumplimiento del pago de la renta, como obligación pecuniaria¹⁴⁷:

«El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento.»

Por tanto, del tenor literal del precepto se podría concluir inicialmente que el arrendador tiene siempre derecho a mantener el contrato y a exigir el cumplimiento de la obligación de pagar las rentas según se vayan devengando. Sin embargo, si, tal y como se ha sostenido, la expresión «en todo caso» tiene que ver con la imposibilidad objetiva de cumplir en la moneda pactada y con la imposibilidad subjetiva del deudor, cabría plantear la posibilidad de contemplar ciertos límites, aunque con el serio obstáculo de carecer de un apoyo legal expreso.

Frente a ello, los textos internacionales analizados han considerado razonable limitar expresamente el derecho del arrendador a exigir el pago de la renta y sustituirlo por una indemnización de daños y perjuicios en determinadas circunstancias. La redacción dada a la pretensión de cumplimiento en las propuestas merece una reflexión. A diferencia de lo que sucede en el contrato de compraventa, donde si el comprador pierde el interés en el bien adquirido puede revenderlo (colocarlo de nuevo en el mercado), en el arrendamiento, si el arrendatario pierde el interés en usar el bien, por regla general, no puede subarrendar.

¹⁴⁷ FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1499. Es lo que sucede en el ámbito de los PICC, cuyo artículo 7.2.1 declara: «Cumplimiento de obligaciones dinerarias. Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago». Aunque este precepto acoge el principio generalmente aceptado de que el pago de una obligación dineraria siempre podrá ser reclamado, sin embargo, se admite excepcionalmente que pueda excluirse el derecho a reclamar el pago del precio de las mercaderías que han de ser entregadas o de los servicios que han de ser prestados. En los comentarios se pone como ejemplo el supuesto que se presenta cuando no se han ejecutado las prestaciones en el contrato de compraventa; en particular, cuando los usos comerciales exigen al vendedor que efectúe una reventa de aquellas mercaderías no aceptadas ni pagadas por el comprador. (Principios UNIDROIT (2016), p. 263). Según afirma SCHELHAAS (2015, pp. 885 y 886) no hay más excepciones al derecho a reclamar el pago que la apuntada en el comentario (cfr. III.-3:301 DCFR).

V. CONCLUSIÓN: «*IF IT'S NOT OKAY, IT'S NOT THE END*»

Llega el momento de responder a la cuestión sobre si podemos considerar que hemos llegado al «final» y dar por solventado el problema del cálculo del lucro cesante por las rentas dejadas de percibir cuando el contrato finaliza anticipadamente porque el arrendatario restituye el bien arrendado. En mi opinión, la respuesta es que no, que todavía queda algo de camino por recorrer.

En primer lugar, no cabe duda de que, en caso de resolución del contrato por restitución anticipada del inmueble, el arrendador tiene derecho a que se le indemnicen los daños que se le ocasionan por no haber respetado el tiempo de duración del contrato. Entre estos daños se encuentra la pérdida de las rentas que tenía previsto percibir, entendidas como beneficio que esperaba obtener del contrato (lucro cesante). Aunque tradicionalmente, en atención a normas especiales de arrendamientos urbanos, estos daños se identificaron inicialmente con el importe íntegro de las rentas dejadas de percibir (salvo que el arrendador hubiera celebrado un nuevo contrato de arrendamiento sobre el bien inmueble), es necesario realizar un cálculo más preciso de dicho lucro.

El Código civil no establece criterios para la valoración de esta partida indemnizatoria. Ante la ausencia de criterios legales, la jurisprudencia ha procedido con discrecionalidad, lo que no ha favorecido la seguridad jurídica, y existen discrepancias importantes respecto a cómo se debe cuantificar el lucro cesante por rentas dejadas de percibir. Para efectuar una cabal cuantificación del lucro cesante es necesario calcular el beneficio neto que esperaba recibir el arrendador (esto es, restar al importe de las rentas futuras los gastos que habría tenido que realizar el arrendador para dar cumplimiento al contrato y que se ahorra como consecuencia de la resolución). A ello hay que descontar los beneficios que el arrendador ha obtenido como consecuencia de haber recuperado la disponibilidad del bien. Atendiendo a lo sucedido tras la resolución, si ha procedido a celebrar un nuevo arrendamiento por una renta igual o superior a la prevista en el contrato resuelto, con independencia de la existencia de otros daños resarcibles, no hay lucro cesante por rentas dejadas de percibir. Si la renta del nuevo contrato es inferior a la prevista en el contrato resuelto, tiene derecho a que se le indemnice la diferencia entre ambas rentas el tiempo que hubiese durado el contrato resuelto. Si entre la resolución del primitivo contrato y la celebración de un nuevo arrendamiento ha transcurrido un tiempo razonable, el arrendador tiene derecho al beneficio

neto correspondiente a las rentas dejadas de percibir el tiempo que el inmueble estuvo desocupado.

En el caso de que el arrendador no haya efectuado un arrendamiento de cobertura, en este trabajo se ha defendido que, en ausencia de criterios legales especiales, hay que estar a la situación creada y a los daños que efectivamente ha sufrido el arrendador (según haya procedido a la venta del inmueble, haya optado por explotarlo él mismo, el inmueble se haya destruido o bien haya permanecido desocupado o permanece desocupado, pero queda tiempo de contrato y es posible que se arriende en ese tiempo).

Las propuestas de reforma del Código civil incluyen ciertos avances en el remedio indemnizatorio. Por un lado, reconocen claramente la partida del lucro cesante y su composición y, por otro, proceden a la plasmación legal del deber de mitigar el daño que corresponde al contratante que sufre un incumplimiento. Sin embargo, siguen sin incluir criterios claros para calcular el importe del lucro cesante. Esta falta de previsión legal plantea problemas cuando el arrendador no ha procedido a celebrar un nuevo arrendamiento, pues se mantiene la incertidumbre que existe actualmente sobre cómo se debe proceder. Han optado por descartar la opción de incluir un criterio de mercado para llevar a cabo un cálculo del daño cuando el acreedor no haya celebrado un negocio de cobertura, por lo que habrá que estar a una determinación *ex post* de los daños causados y a su prueba concreta por el arrendador. Todavía se está a tiempo de reflexionar y repensar esta decisión y plantear la posibilidad de que, al menos cuando se trate de profesionales y exista mercado, se cuantifique el daño atendiendo al precio de mercado en comparación con el precio del contrato, con independencia de lo que suceda tras el incumplimiento. Una solución de este tipo facilita al arrendador la prueba del daño y permite a las partes calcular *ex ante* el coste del incumplimiento.

En segundo lugar, aunque la regla general debe seguir siendo que, ante el incumplimiento del arrendatario, el arrendador puede optar por mantener el contrato y exigir el pago de las rentas, me parece oportuno plantear que, en determinadas circunstancias, cuando el arrendatario ha restituido el inmueble y resulta evidente que no puede seguir explotando el inmueble, el arrendador no pueda exigir el cumplimiento del contrato y deba admitir la devolución anticipada del inmueble arrendado; eso sí, reclamando, a través de la indemnización de daños y perjuicios, entre otros, los daños ocasionados como consecuencia de la pérdida de las rentas futuras. Es cierto que la PMCC no va en esta línea y que tampoco lo hace la PCC en la regulación del contrato de arrendamiento,

pero las soluciones propuestas en el DCFR para el arrendamiento de bienes muebles pueden servir de inspiración en aquellos casos en los que no tiene sentido mantener el contrato¹⁴⁸; sobre todo, teniendo en cuenta que el arrendador ve resarcidos los daños que le ocasiona su finalización anticipada. Esta excepción a la regla general debería aplicarse con cautela, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes: situación personal de las partes (comportamiento del arrendatario que pretende la devolución bien, carácter profesional o no del arrendador), tiempo que resta de contrato, viabilidad de celebrar un negocio de sustitución..., y solo cuando mantener el contrato resulte excesivo e irrazonable¹⁴⁹. De hecho, existen decisiones jurisprudenciales que van en esta dirección como, por ejemplo, la STS de 12 de noviembre de 2009¹⁵⁰.

Cuando todas estas cuestiones estén claramente resueltas, podremos decir que hemos llegado al final.

BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «El Tribunal Supremo insiste: No hay desistimiento en los arrendamientos para uso distinto de vivienda. Comentario a la STS de 3 de octubre 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2018, pp. 257 a 277.

BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel: «Jurisprudencia de la Sala Primera sobre la moderación de las cláusulas penales de los arrendamientos para uso distinto de vivienda», *Diario La Ley*, 27 de junio de 2022, 12 pp.

CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021 (versión electrónica).

— «Artículo 11: Desistimiento del contrato», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013 (Actualizar con 7.ª ed. 2020).

¹⁴⁸ Sobre los inconvenientes de insistir en el cumplimiento, *vid.* CARRASCO PERERA, AJA, 2005, pp. 10 a 13 y ÁLVAREZ LATA, CCJC, 2018, p. 273.

¹⁴⁹ ÁLVAREZ LATA (CCJC, 2018, pp. 274 a 277) apoya esta solución en el marco del actual Código civil. GONZÁLEZ MALABIA y TENT ALONSO contemplan esta solución, aunque de una forma mucho más general y no como un supuesto excepcional (*Dereito*, 2010, pp. 17 y 128 y nota al pie 25).

¹⁵⁰ STS 749/2009, de 12 de noviembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D: Xavier O'Callaghan Muñoz. A pesar de que la pretensión principal del arrendador era la de exigir el cumplimiento del contrato y el abono de las rentas, el tribunal optó por declarar la resolución del contrato sin ofrecer explicaciones respecto. Lo cierto es que no se había llegado a entregar el bien arrendado, el arrendatario había manifestado su intención de no explotarlo, restaban veinticinco años de contrato y el arrendador tenía expectativas razonables de volver a poner en el mercado el bien para su aprovechamiento (más detalles sobre esta sentencia, *supra* III.2.4).

- CARRASCO PERERA, Ángel: «Arrendamientos urbanos de local de negocio: duración. Reclamación de rentas pactadas. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2005, pp. 603 a 620.
- «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677/2005 (versión electrónica).
- «Comentario del artículo 1106 CC», en ALBADALEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 al 1124 del Código civil, ed. Edersa, Madrid, 1989, pp. 666-709.
- CLEMENTE MEORO, Mario: «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, mayo 2011, 16 pp.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN DE DERECHO CIVIL): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1985. Incumplimiento de contrato; resolución; indemnización de daños y perjuicios. Cláusula penal. Fianza; beneficio de excusión; extinción por novación o prórroga de la obligación principal», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, pp. 2949 ss.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, pp. 1481 a 1685.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, 49 pp.
- *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *Anuario de Derecho Civil*, 2014, pp. 1999 a 1252.
- GONZÁLEZ MALABIA, Sergio y TENT ALONSO, Pedro: «Criterios para la determinación de la indemnización en el arrendamiento de finca urbana: las rentas futuras no devengadas», *Dereito: revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2010, pp. 99 a 130.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Artículo 11. Derecho de desistimiento», en Fernando CRESPO ALLUÉ y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 2014 (versión electrónica).
- JORDANO FRAGA, Francisco: «Comentario a la STS de 23 de octubre de 1990. Caso fortuito o incumplimiento de una obligación recíproca en un contrato sinalagmático. Indemnización en caso de resolución contractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, pp. 1097 a 1114.

- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (ed.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, Países Bajos, 1999.
- LILLEHOLT, Kåre (prepared by): *Principles of European Law – Lease of Goods (PEL LG). Study Group on a European Civil Code*, Sellier, Múnich, 2008.
- MCKENDRICK, Ewan: «Article 7.4.5», en Stefan VOGENAUER (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 997 a 1001.
- «Article 7.4.6», en Stefan VOGENAUER (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1002 a 1004.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 17 a 54.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Comentario a la STS de 28 de febrero de 1996. Desistimiento del contrato de arrendamiento de local por el arrendatario antes del plazo pactado», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1996, pp. 803 a 812.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio: desistimiento unilateral; cuantía de la indemnización: lucro cesante. Comentario a la STS de 12 de noviembre de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, pp. 1551 a 1568.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, 1989, pp. 1143 a 1168.
- «Las nuevas bases de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1719 a 1745.
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: «La indemnización del lucro cesante», *Revista de Derecho Privado*, 2019, pp.75 a 104.
- PÉREZ GURREA, Rosana, «Desistimiento unilateral del arrendatario de local de negocio y cláusula penal a propósito de la STS de 18 de marzo de 2016», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2016, pp. 2281 a 2297.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret*, 2015, 63 pp.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma funcional*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- SÁENZ DE JUREBA HIGUERO, Beatriz: «Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, pp. 533 a 548.
- SCHELHAAS, Harriet: «Article 7.2.1 PICC», en Stefan VOGENAUER (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 884 a 887.
- SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E.: «Market damages, efficient contracting, and the economic waste fallacy», *Columbia Law Review*, 2008, pp. 1611 a 1667.
- SCOTT, Robert E.: «The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle », *University of Chicago Law Review*, 1990, pp. 1155 a 1202.
- SCOTT, Robert E. Y KRAUS, Jody S.: *Contract Law and Theory*, 5.ª ed., Lexis Nexis 2013.

- SOLER PRESAS, Ana: «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret*, 2009, 32 pp.
- *La valoración del daño en la compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS (1.ª) de 15 de noviembre de 1994», *Anuario de Derecho civil*, 1995, pp. 951 a 969.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE: *Principles of European Law. Lease of Goods (PEL LG)*, preparado por Kåre LILLEHOLT, Anders VICTORIAN, Andreas FÖTSCHL, Berte-Elen R. KNOW, Andreas MEIDELL y Amund BJØRANGER TØRUM, Sellier, Múnich, 2008.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Christian VON BAR, Eric CLIVE y Hans SCHULTE-NÖLKE (eds.) y Hugh BEALE, Johny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paula VARUL, Anna VENEZIANO y Fryderick ZOLL (eds.), *Outline Edition*, Sellier, Múnich, 2009.
- TORAL LARA, Estrella: «Consecuencias derivadas del desistimiento anticipado del arrendatario, no pactado ni aceptado por el arrendador, en el arrendamiento de local de negocio. Comentario a la STS de 3 de octubre 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2018, pp. 279 a 315.
- UNIDROIT (INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016*, Roma, 2018.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por ejercicio, por el arrendatario, de la facultad que le confiere el artículo 56 LAU. Comentario a la STS de 3 de julio de 1990», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, pp. 773 a 782.
- VON BAR, Christian, CLIVE, Eric y SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prepared by the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and the RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Outline Edition*, Sellier, Múnich, 2009.

LISTADO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 15 de junio de 1993: STS 598/1993, de 15 de junio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Morales Morales. ROJ: STS 17617/1993.
- STS de 28 de febrero de 1995: STS 179/1995, de 28 de febrero (Sala 1.ª de lo Civil); Ponente: D. Teófilo Ortega Torres. ROJ: STS 1157/1995.
- STS 25 de enero de 1996: STS 21/1996, de 25 de enero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. ROJ: STS 373/1996.
- STS de 17 de octubre de 1998: STS 957/1998, de 17 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Alfonso Villagómez Rodil. ROJ: STS 5959/1998.
- STS 23 de mayo de 2001: STS 490/2001, de 23 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Romero Lorenzo. ROJ: STS 4303/2001.
- STS de 15 de julio de 2002: STS 744/2002, de 15 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Jesús Corbal Fernández. ROJ: STS 5305/2002.
- STS de 20 de mayo de 2004: STS 388/2004, de 20 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Antonio Romero Lorenzo. ROJ: STS 3484/2004.
- STS de 15 de diciembre de 2004: STS 1187/2004, de 15 de diciembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Marín Castán. ROJ: STS 8116/2004.

- STS de 3 de febrero de 2006: STS 72/2006, de 3 de febrero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Jesús Corbal Fernández. ROJ: STS 461/2006.
- STS de 7 de junio de 2006: STS 582/2006, de 7 de junio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. ROJ: STS 3283/2006
- STS de 30 de abril de 2007: STS 477/2007, de 30 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. ROJ: STS 2429/2007.
- STS de 30 de octubre de 2007: STS 1141/2007, de 30 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Salas Carceller. ROJ: STS 6935/2007.
- STS de 2 de octubre de 2008: STS 909/2008, de 2 de octubre (Sala 1.ª de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. ROJ: STS 4941/2008.
- STS de 4 de marzo de 2009: STS 155/2009, de 4 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana. ROJ: STS 930/2009.
- STS de 12 de noviembre de 2009: STS 749/2009, de 12 de noviembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz. ROJ: STS 7118/2009.
- STS de 18 de marzo de 2010: STS 186/2010, de 18 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Román García Varela. ROJ: STS 1137/2010.
- STS de 9 de abril de 2012: STS 221/2012, de 9 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Juan Antonio Xiol Rios. ROJ: STS 6120/2012.
- STS de 8 de octubre de 2013: STS 569/2013, de 8 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo. ROJ: STS 4938/2013.
- STS de 29 de mayo de 2014: STS 300/2014, de 29 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz. ROJ: STS 2644/2014.
- STS de 24 de febrero de 2015: STS 63/2015, de 24 de febrero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo. ROJ: STS 1078/2015.
- STS de 18 de marzo de 2016: STS 183/2016, de 18 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ROJ: STS 1210/2016.
- STS de 13 de septiembre de 2016: STS 530/2016, de 13 de septiembre (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno); Ponente: D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto. ROJ: STS 4044/2016.
- STS de 16 de mayo de 2017: STS 297/2017, de 16 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ROJ: STS 1891/2017.
- STS de 3 de octubre de 2017: STS 539/2017, de 3 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ROJ: STS 3375/2017.
- STS de 3 de abril de 2018: STS 179/2018, de 3 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán. ROJ: STS 1230/2018.
- STS de 23 de julio de 2018: STS 481/2018, de 23 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ROJ: STS 2800/2018.
- STS de 12 de abril de 2021: STS 193/2021, de 12 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán. ROJ: STS 1282/2021.
- STS de 5 de julio de 2021: STS 485/2021, de 5 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Luis Seoane Spielberg. ROJ: STS 2702/2021.
- STS de 20 de abril de 2022: STS 317/2022, de 20 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán. ROJ: 1552/2022.

