

## CONSECUENCIAS DEL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARRENDATARIO

IGNACIO ALBIÑANA

Abogado\*

### Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario

*Este trabajo describe los planteamientos que se han ido formulando en relación con las consecuencias indemnizatorias en caso de desistimiento unilateral por parte del arrendatario.*

*El debate actual tiene su origen en la antigua LAU de 1964: aunque su formulación era clara en protección del arrendador, se terminó imponiendo una interpretación favorable a la moderación de la indemnización expresamente fijada por la Ley.*

*En este trabajo se contemplan diversas reflexiones y consideraciones que pretenden delimitar el marco indemnizatorio actual conforme a la vigente LAU de 1994.*

### Consequences of the unilateral withdrawal of the lease by the tenant

*This paper describes the approaches that have been held in connection with the indemnity derived from the unilateral withdrawal by the tenant.*

*The current debate was triggered in the context of the former Urban Leases Act of 1964: although its language was clear in protecting the landlord's rights, a case law defending a moderation of the indemnity established by Law ended up prevailing.*

*This paper contains various thoughts and considerations that intend to outline the framework of the indemnities that may be claimed by the landlord under the current Urban Leases Act of 1994.*

### 1 · PRESENTACIÓN DE LA CUESTIÓN: ANTECEDENTE LEGISLATIVO (ARTÍCULO 56 DE LA LAU 1964) Y LEY VIGENTE (LAU 1994).

**1.1** La cuestión objeto del presente estudio ha sido altamente debatida por la jurisprudencia y nuestra doctrina: cuáles son las consecuencias indemnizatorias en caso de que el arrendatario de un inmueble para uso distinto del de vivienda desistiera unilateralmente del contrato. En otras palabras, cuáles son las consecuencias en caso de incumplimiento por el arrendatario de su obligación de respetar la duración del contrato; ya sea por el abandono o desalojo del inmueble, como manifestación de su decisión de desvincularse del contrato o alegando un supuesto derecho de desistimiento, denuncia, terminación o por una mera manifestación de su decisión de dejar el contrato ineficaz; supuestos todos ellos que englobamos en este estudio bajo el término de desistimiento unilateral y como tal no tiene causa en un incumplimiento por parte del arrendador.

**1.2** La discusión que aquí se plantea tiene como origen más inmediato el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre («LAU 1964»)<sup>1</sup> que reconocía en

favor del arrendador el derecho a ser indemnizado con una cantidad equivalente a la renta que correspondiera al plazo del contrato que quedara por cumplir.

La interpretación de este precepto no ha sido uniforme y constante en nuestra jurisprudencia, defendiéndose en algunas ocasiones un criterio de «estricta literalidad» o de «aplicación rigurosa» y, en otras, de «prudente moderación». De tal jurisprudencia nos interesa extraer aquí las siguientes conclusiones<sup>2</sup>:

- a) La doctrina más reciente del Tribunal Supremo «se ha inclinado por admitir que la fijación de la indemnización por desistimiento del arrendatario debe fijarse en atención a las circunstancias de cada caso»<sup>3</sup>; y que para la aplicación de este criterio de moderación «es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del

*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 30 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».*

**2** Vid. C. Gómez de la Escalera: «El desistimiento unilateral del arrendatario antes de la expiración del plazo estipulado (Examen de los arts. 56 TRLAU y 11 LAU. Efectos del abandono de la finca cuando no se está facultado para desistir del contrato)», *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica SEPIN*, 221/2002. pág. 20.

**3** Sentencia del Tribunal Supremo («STS») de 30 de octubre de 2007 (RJ/2007/8262); véase la jurisprudencia que se menciona en dicha sentencia.

\* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona).

**1** El artículo 56 LAU 1964: «Durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario, lo sea de vivienda o

*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 con la relación contractual»<sup>4</sup>.*

- b) La indemnización contemplada en el citado artículo 56 LAU 1964 ha de entenderse limitada al tiempo en que el inmueble permanezca sin ser nuevamente arrendada pues extenderla a todo el periodo contractual implicaría un enriquecimiento injusto para el arrendador.
- c) Sin embargo, alguna sentencia ha entendido que la indemnización del citado artículo no exige justificación alguna y se establece *ex lege* de forma abstracta y objetiva, sin que pueda exceder del importe de las rentas que hubieran podido devengarse ni tampoco ser reducida en función de la valoración concreta de los perjuicios ocasionados al arrendador, por lo que es irrelevante el hecho de que el arrendatario haya arrendado de nuevo el inmueble, sin que quepa alegar enriquecimiento injusto<sup>5</sup>.

**1.3** A diferencia de la LAU 1964, la Ley 24/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos («LAU 1994») no contiene una regulación expresa sobre la cuestión. El artículo 4.2 LAU 1994 establece que el régimen aplicable a los arrendamientos a que se refiere este estudio se regirá, adicionalmente a lo establecido por las normas imperativas contenidas en la propia ley<sup>6</sup>, por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la propia ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil («CC»).

Por tanto, las cuestiones que aquí se plantean han de ser resueltas por las propias cláusulas del contrato de arrendamiento y los preceptos del CC. Es habitual en los contratos de arrendamiento que las partes se obliguen a respetar el plazo de duración

del contrato, así como que se regulen las consecuencias del incumplimiento por el arrendatario de esta obligación.

Por su lado, el CC claramente establece en su articulado la irrevocabilidad de los contratos; así, por ejemplo, el artículo 1091 CC («las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos»), el artículo 1258 CC («los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado»), y como no, el artículo 1256 CC («la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»).

Son contados los casos en que el derecho común y la legislación especial reconocen un derecho de desistimiento unilateral<sup>7</sup>; así, por ejemplo, cabe citar el artículo 1594 CC (desistimiento del dueño de la obra en los contratos de ejecución de obra); el artículo 1732 CC (extinción del mandato por revocación del mandante o por renuncia del mandatario); el antiguo artículo 56 LAU 1964; el artículo 11.2 de la vigente LAU 1994 aplicable al arrendamiento de vivienda; así como en la normativa especial en protección de consumidores y usuarios (desistimiento en supuestos de venta a distancia, etc.) En definitiva, son muy limitados los supuestos en que nuestra legislación reconoce este derecho, y en nuestra jurisprudencia cabe destacar la doctrina que ha venido admitiendo la existencia de esta facultad unilateral en favor de ambos contratantes, solo en contratos de tracto sucesivo en los que no se hubiera fijado plazo de duración ni los criterios para determinarlo, todo ello con la finalidad de evitar una vinculación perpetua.

Entendido el plazo de duración del arrendamiento como una obligación para ambas partes, su cumplimiento ha de considerarse como esencial y, por tanto, su incumplimiento da derecho a la resolución del contrato o a exigir su cumplimiento, con el resarcimiento, en ambos casos, de los daños y perjuicios causados (artículo 1124 CC).

El arrendador podría, efectivamente, exigir el cumplimiento, y por tanto, ignorar tal desistimiento realizado por el arrendatario, exigiendo el pago de la renta y gastos asimilados, la propia explotación del

<sup>4</sup> STS de 2 de octubre de 2008 (RJ)2008\5586).

<sup>5</sup> Vid. los trabajos de A. Carrasco Perera: «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 677/2005; y C. Gómez de la Escalera: *op. cit.*, donde se analiza numerosa jurisprudencia con respecto a lo indicado en los apartados b) y c).

<sup>6</sup> Título I (ámbito de la ley, régimen aplicable y arrendamientos excluidos); Título IV (fianza y formalización del contrato); y Título V (régimen procesal).

<sup>7</sup> Vid el trabajo de J. Estruch Estruch: «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, págs. 981 y ss.

local, si así estaba previsto en el contrato, así como el cumplimiento del resto de obligaciones contenidas en el contrato, tales como, por ejemplo, obligaciones de mantenimiento, limpieza, seguridad y cualesquiera otras que se deriven del hecho de que la posesión la ostenta el arrendatario, asumiendo las consecuencias de la misma: deterioro o pérdida, daños por vandalismo, seguridad, vigilancia, cuidado de la cosa (artículos 1555 y ss. CC), etc.

Si el arrendador opta por el cumplimiento, el arrendatario vendrá obligado a pagar la renta hasta la finalización del arrendamiento y, dependiendo del contenido del contrato, a mantener abierto y en explotación el local arrendado. El arrendador, en esta alternativa, no podrá reclamar el pago anticipado de todas las rentas, sino que deberá hacerlo en las fechas de sus respectivos vencimientos y deberá permitir al arrendatario el uso y disfrute, no pudiendo, por tanto, arrendar el inmueble a un tercero. Como veremos más adelante, en la mayoría de las ocasiones la ejecución forzosa deviene imposible, y por tanto el arrendador, en general, no cuenta con tal opción.

## 2 · IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN (LA TOTALIDAD DE LAS RENTAS VS. RENTAS CORRESPONDIENTES AL PERIODO QUE EL INMUEBLE PERMANECIÓ DESOCUPADO)

La cuestión principal que se plantea es la relativa a si el arrendador solo debe ser indemnizado por las rentas dejadas de percibir durante el tiempo que el local permaneció desocupado o si, por el contrario, el arrendador puede reclamar, como indemnización por el incumplimiento del arrendatario que no respetó el plazo estipulado en el arrendamiento, la totalidad de las rentas que se habrían devengado desde la fecha del desistimiento hasta la fecha de finalización pactada.

Esta discusión tiene su origen en la interpretación del antiguo artículo 56 LAU 1964. En efecto dicho artículo establecía la obligación de indemnizar al arrendador «con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir». Como señalábamos anteriormente, la interpretación realizada por la jurisprudencia no ha sido uniforme. Por un lado, en ocasiones la jurisprudencia siguió un criterio de estricta literalidad y, en otras, para evitar la desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto, y el consiguiente, a juicio de dicha doctrina, enriquecimiento injusto, se inclinó por considerar aplicable

una moderación. Dicho principio de enriquecimiento injusto trataría de evitar situaciones desproporcionadas e injustas que se podrían producir en caso de que el inmueble se hubiera arrendado de nuevo a un tercero en condiciones equivalentes, solapándose con dicho plazo ya indemnizado. Y en esta línea, se ha sostenido que la indemnización que contempla el artículo 56 LAU 1964, en la medida que lo sea para «resarcir al arrendador por el daño que causa el desistimiento anticipado del arrendatario podrá ser moderada por la autoridad judicial con apoyo en el artículo 1.103 CC», para lo cual «basta con que el desistimiento anticipado del arrendatario, no pueda considerarse como una conducta dolosa»<sup>8</sup>.

Por contra se ha defendido que la indemnización del artículo 56 no podrá ser modificada con fundamento en el artículo 1154 CC puesto que «la facultad de modificación (reducción) que este artículo reconoce a los Jueces sólo es aplicable a los supuestos de indemnizaciones que tienen su origen en el pacto o en la autonomía privada (cláusula penal o pena convencional), y no cuando como sucede en el art. 56, la indemnización viene directamente establecida por la Ley»<sup>9</sup>.

Los argumentos en favor de la interpretación literal tienen su fundamento en que la redacción del artículo 56 LAU 1964 es clara y terminante y no establece excepciones o salvedad alguna, ni supuestos de reducción de la indemnización. Este precepto determina, sin que acepte prueba en contrario, la existencia de un perjuicio y el montante de la indemnización en compensación por tal perjuicio; se produce una objetivación<sup>10</sup> de la indemnización a percibir por el arrendador, sin otra consideración o cuestión a tener en cuenta, siendo irrelevante, por tanto, el hecho de que posteriormente el arrendador haya arrendado el inmueble de nuevo. Es una determinación y obligación *ex lege*, que en su aplicación no cabe ni excepción ni moderación. Cabría hablar de la injusticia del precepto, pero no cabe hablar de enriquecimiento injusto<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> C. Gómez de la Escalera: *op. cit.*, pág. 22

<sup>9</sup> C. Gómez de la Escalera: *op. cit.*, pág. 23. *Vid.* igualmente STS de 13 de febrero de 1996 (RJ\1996\1249).

<sup>10</sup> Un ejemplo de lo que la doctrina denomina «cálculo abstracto del daño», en donde la ley determina un importe alzado, exonerando al demandante de toda carga de probar el daño y su montante.

<sup>11</sup> J. Flóres Rodríguez: «A vueltas con el alcance de la indemnización en favor del arrendador por desistimiento anticipado del arrendatario: entre la aplicación estricta o la prudente moderación»; Comentario a la STS de 30 de octubre de 2007 (IUR 2007, 334203), *Revista de Derecho Patrimonial (Aranzadi)*, 20|2008, pág. 203.

En efecto, no cabría hablar de enriquecimiento injusto, ya que este principio proclama que nadie debe enriquecerse a expensas de otro sin que exista causa alguna para ello, pero en este caso es la propia ley la que autoriza, determina y ordena ese desplazamiento patrimonial.

La finalidad del artículo 56 no es otra que la de establecer una excepción al principio general de irrevocabilidad del contrato, reconociendo al arrendatario la facultad de desistir o poner fin de forma unilateral y por su sola voluntad debiendo cumplir a tal efecto, entre otros, con el requisito de que le indemnice con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato quedara por cumplir.

Como señalábamos, esta cuestión se planteaba con respecto a la interpretación del artículo 56 LAU 1964. Es preciso hacernos la misma pregunta con el nuevo régimen legal, sabiendo que la LAU 1994 no ha establecido una norma expresa equivalente a dicho artículo 56. En este supuesto no cabría acudir a la aplicación directa de una norma que cuantificaba claramente el importe de la indemnización, sino que es preciso acudir a lo pactado por las partes en el contrato de arrendamiento, y en su defecto a las normas del CC. En este sentido hay que destacar que la libertad que la LAU 1994 concede a las partes para pactar las consecuencias indemnizatorias de tal incumplimiento ha permitido que en la práctica se haya optado por estipular convencionalmente la indemnización prevista por el derogado artículo 56 LAU 1964.

Podría plantearse como vías con las que, entendemos, contaría el arrendador para pretender se le reconozca el derecho a percibir la totalidad de las rentas, las siguientes:

A) La indemnización como consecuencia del incumplimiento. El arrendador al amparo del artículo 1124 CC y artículo 1101 CC podría declarar la resolución del contrato de arrendamiento y reclamar al arrendatario indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento contractual imputable al arrendatario que se deriva del desistimiento unilateral. El derecho a los daños y perjuicios aparece de este modo como la sustitución de un cumplimiento imposible<sup>12</sup>.

Y como daños indemnizables deberán incluirse el denominado «daño emergente», entendido como cualquier menoscabo sufrido en el patrimonio contra la voluntad de su titular y que será indemnizable en la medida en que se logre demostrar la producción efectiva de los daños y perjuicios que se pretende sean indemnizados, así como el nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina, es decir, el incumplimiento y que este sea imputable al arrendatario; y el denominado «lucro cesante», entendido como las ganancias frustradas que con cierta probabilidad fuesen de esperar atendiendo a las especiales circunstancias del caso, pero que se perdieron por razón del incumplimiento<sup>13</sup>.

Por tanto, parece razonable concluir que adicionalmente a cualquier daño emergente que fuera probado, el arrendador debería poder reclamar la totalidad de las rentas que correspondan al plazo contractual que quedara por cumplir, ya sea al amparo del contenido del contrato, que generalmente contiene este tipo de cláusula, ya sea, en ausencia de pacto expreso, como lucro cesante, al amparo del artículo 1106 CC.

Es en este contexto donde podría pretenderse una reducción de la indemnización de forma que solo sean indemnizables las rentas correspondientes al periodo que el inmueble permaneció desocupado: por un lado, el hecho de que el arrendador haya arrendado el local de nuevo impediría reconocer, en virtud del artículo 1106 CC, un lucro cesante por el periodo en que este nuevo arrendamiento se solape con el arriendo que fue incumplido; por otro, igual conclusión podría alcanzarse en el supuesto de que el contrato sí estableciera expresamente un pacto indemnizatorio similar al que establecía el artículo 56 LAU 1964, pues podría mantenerse que el importe de la indemnización que se correspondiese con las rentas de un periodo durante el cual existe un nuevo arrendamiento perdería su carácter resarcitorio, adquiriendo así el de una sanción penal que, como tal, estaría sujeta a la facultad moderadora de los tribunales (artículos 1103 y 1154 CC); pudiendo estos reducir

<sup>12</sup> L. Díez Picazo: *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1996; pág. 682.

<sup>13</sup> M. A. Fernández González-Regueral: «Resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales», *La Ley-Actualidad*, Madrid, 1998, págs. 189 y 200. La autora sostiene que dentro de la categoría de daño emergente debería incluirse también el posible daño moral que el incumplimiento haya generado.

el montante de la indemnización al importe de las rentas durante el periodo que efectivamente el local estuvo desocupado.

A nuestro criterio, el juez cuenta con tal facultad moderadora al amparo de dichos artículos, pero ello no significa que deba aplicarla de forma obligatoria, máxime cuando tal moderación va en contra de un pacto claro y expreso, libremente pactado por las partes al amparo de las amplias facultades de libertad de pactos que expresamente establece la LAU 1994. El juzgador debería ejercer esa facultad en atención a las circunstancias del caso concreto.

El juez deberá determinar los factores a los que hay que otorgar una mayor preponderancia en esa relación bilateral entre arrendador, que se obligó a ceder el uso y disfrute de un local por un periodo determinado, y el arrendatario que, habiéndose obligado a mantener dicho arrendamiento, incumplió. Y en ese análisis de circunstancias y factores del caso, el tribunal no debería olvidar la existencia de un pacto válido y libremente acordado por partes independientes y sin que reúnan unas especiales características de protección legal especial (como ocurre, por ejemplo, con los consumidores) que determina el pago de la totalidad de las rentas desde la fecha del desistimiento hasta la fecha de finalización pactada.

En este ejercicio de moderación, el juzgador debería tener en cuenta no solo los aspectos cuantitativos, sino también de tipo cualitativo que, en ocasiones, pueden ser más relevantes, y por otro lado que el CC permite una pena convencional como importe adicional a los daños y perjuicios causados. Se nos ocurre algunos ejemplos: la solvencia del antiguo arrendatario frente a la que pueda ofrecer el posible nuevo arrendatario o la posición de liderazgo y reputacional en su mercado que tal antiguo arrendatario ostentaba frente al nuevo; en el contexto de un centro comercial, el papel de «locomotora» o «ancla» que se le había asignado a ese arrendatario que ahora desiste y que posiblemente tuvo un tratamiento altamente favorable en las condiciones económicas de su arrendamiento que le fueron concedidas en atención a la duración del mismo; incluso los efectos negativos que dicho desistimiento produce en el funcionamiento comercial del resto del centro, pudiendo afectar a su grado de éxito y, por tanto, al nivel de rentas que el propietario va a

poder demandar para el resto de locales; consideraciones financieras y de rentabilidad que arrendador y arrendatario habían pactado en una operación de *sale and lease back*; en el contexto de activos inmobiliarios más complejos (clínicas, residencias, hoteles, etc.), especialmente diseñados para un operador en concreto y difícilmente reconvertibles por razones de todo tipo (urbanísticas, técnicas y de inversión), con un reducido número de operadores que puedan ser candidatos a ser los futuros arrendatarios, etc. El juzgador debe valorar todas estas cuestiones de forma adecuada y evitar que se imponga una doctrina en nuestros tribunales que facilite al arrendatario su decisión de desistir y desproteja al arrendador.

Esa falta de seguridad jurídica, no solo perjudica al mercado del arrendamiento, sino que dificulta la financiación de proyectos inmobiliarios y desincentiva las iniciativas de inversión inmobiliaria. Y esta seguridad y protección no requiere ningún tipo de iniciativa legislativa, sino tan solo la utilización justa y equitativa de la facultad de moderación del juzgador. Y en esta línea, no estaría de más que en determinadas situaciones pudiera implantarse y consolidarse una doctrina de «cálculo objetivo del daño» que permitiría a todas las partes implicadas conocer de antemano las consecuencias, libremente pactadas, de una determinada actuación del arrendatario.

- B) Exigencia del cumplimiento por equivalencia. Determinado sector de la doctrina defiende, en relación con lo tratado en el apartado A anterior, que si el arrendador opta por la resolución podrá reclamar además de las rentas vencidas e impagadas, la indemnización de los perjuicios sufridos, «pero tales perjuicios no pueden cuantificarse en las rentas debidas hasta la finalización del contrato sin incurrir en una petición contradictoria», pues añade el autor<sup>14</sup> «no cabe solicitar al mismo tiempo la resolución del contrato, esto es su extinción y su cumplimiento».

En otras palabras, el problema que, según este sector de la doctrina, plantea la solución A ante-

14 M. E. Clemente Meoro: «Desistimiento del arrendatario para uso distinto del de vivienda e indemnización de daños y perjuicios.- Comentario a la STS de 20 mayo 2004 (RJ 2004, 2710)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 14/2005, pág. 165.



rior es dilucidar cuál ha de ser el alcance o contenido del resarcimiento de daños en los casos en que se pida la resolución; y sostiene que «*nosotros nos inclinamos por la teoría que entiende que cuando el acreedor opta por la resolución no podrá exigir simultáneamente como resarcimiento una cantidad equivalente al valor de la prestación que dejó de recibir a causa del incumplimiento de la otra parte. La razón es sencilla, la resolución y el incumplimiento son incompatibles pues si se elige la resolución no puede pedirse algo que coloque al arrendador acreedor en la misma posición económica y patrimonial que tendría si el contrato se hubiere ejecutado normalmente, lo contrario supondría exigir simultáneamente la resolución y el cumplimiento del contrato*»<sup>15</sup>.

No entraremos a analizar en detalle, pues escapa del ámbito de este estudio, si el resarcimiento debido al arrendador que resuelve el contrato debe situarse dentro del marco del llamado «interés positivo» o si, por lo contrario, como opina ese sector, debe limitarse al «interés negativo» (derecho a ser colocado en la misma situación que se tendría si el contrato nunca hubiera sido celebrado). El sector mayoritario de la doctrina defiende que la indemnización reconocida por el artículo 1124 CC se concreta en el interés contractual positivo y, en este sentido, la indemnización por los daños y perjuicios debe asegurar que el arrendador se le coloque en la misma situación económica y patrimonial como si el contrato hubiese quedado perfectamente ejecutado. En este sentido nos remitimos al tratado de Luis Díez Picazo<sup>16</sup>, que sostiene que esta tesis (la indemnización reconocida por el artículo 1124 CC se concreta en el interés contractual positivo) es la que debe admitirse y es la regla general admitida en nuestra doctrina.

Pero adicionalmente lo que sí interesa apuntar es que en el caso concreto del desistimiento unilateral del arrendatario, resulta, en la mayoría de los casos, física y jurídicamente imposible para el arrendador pretender la ejecución forzosa del cumplimiento del contrato de arrenda-

miento<sup>17</sup>. No olvidemos que en la contratación moderna en el campo del arrendamiento (por ejemplo, en centros comerciales) es frecuente que el arrendatario asuma como obligación la explotación en el inmueble arrendado de una determinada actividad comercial. En estos supuestos, que son la mayoría, la ejecución forzosa deviene imposible: el arrendatario no puede ser sustituido por un tercero ni por la propia autoridad judicial, de tal forma que el uso y disfrute de un local en donde se desarrolla una actividad empresarial o profesional es de carácter personalísima y, por tanto, la ejecución o pretensión de cumplimiento del contrato resulta imposible ante el desistimiento del arrendatario que abandona el inmueble.

Por tanto, no parece razonable pensar que el arrendador cuente con una auténtica opción entre la resolución o el cumplimiento. El arrendador tan solo podrá pretender exigir el cumplimiento del arrendamiento por equivalencia. Así, de este modo, el arrendador pretenderá que se dé cumplimiento al contrato exigiendo que se le coloque en la misma situación económica y patrimonial que sí tendría si el contrato hubiese sido perfectamente ejecutado (denominado interés positivo). El desistimiento implica una imposibilidad sobrevenida del cumplimiento del contrato imputable al arrendatario y, por tanto, la pretensión legítima del arrendador es el cumplimiento por equivalencia.

- C) La indemnización pactada como precio pactado libremente por las partes. Cabe como argumento adicional, dependiendo del contenido literal de la cláusula contractual específica, que la indemnización no tiene su causa en el incumplimiento del contrato por parte del arrendatario (artículos 1101, 1124, 1556 y 1568), sino que tiene su fundamento en el ejercicio de una facultad de ruptura del contrato que su propio clausulado le reconoce al arrendatario, sin que ello entrañe incumplimiento alguno. El otorgamiento por el arrendador de esta facultad u opción de ruptura en favor del arrendatario tiene una contraprestación o precio libremente

<sup>15</sup> C. Gómez de la Escalera: *op. cit.*, pág. 32. En contra, hay que destacar, sin embargo, que el CC incluye expresamente el lucro cesante como concepto indemnizable; este autor acepta que «el lucro cesante puede ser incluido en el resarcimiento pero excluyendo de él el valor de la prestación del incumplidor», lo que a nuestro juicio resulta un trabajo complicado.

<sup>16</sup> L. Díez Picazo: *op. cit.*, pág. 726.

<sup>17</sup> Coincidimos con A. Carrasco Perera: *op. cit.*, pág. 10: «*una falta de sentido real en la distinción entre cumplimiento y resolución (...) en definitiva una diferencia exclusivamente terminológica entre cantidad debida en concepto de renta y cantidad debida en concepto de daño*».

pactado. Este precio podrá ser un tanto alzado o resultado de una fórmula libremente pactada por las partes (total de rentas, etc.); sobre este precio, no debería haber revisión o moderación alguna por parte del juez, por no tratarse de una indemnización o de una pena convencional, sino el pago de un precio pactado por las partes en contraprestación de la concesión u otorgamiento de un derecho que la ley no le reconoce.

En definitiva, cualquiera que sea la vía que se siga, el resultado y la consecuencia debería ser la misma: en caso de desistimiento unilateral, debería dar lugar a lo que en la práctica se denomina una «indemnidad absoluta» en favor del arrendador, es decir, que el arrendador debe quedar colocado en la misma situación económica que se tendría si el contrato hubiese sido perfectamente ejecutado. La propia seguridad jurídica de los intereses de las partes implicadas (arrendador, banco financiador, inversores o accionistas de ese arrendador) debería encaminarse a una objetivación de la indemnización o cálculo abstracto de la indemnización<sup>18</sup>.

Conviene destacar el contenido de la STS de 23 de diciembre de 2009 (RJ\2010\40), que interpretando ya la LAU 1994, proclama la prevalencia del principio de autonomía de voluntad de las partes en la regulación del arrendamiento y el respeto a lo pactado, en la medida en que el contrato objete la indemnización; y afirma que «voluntariamente, fijaron los efectos del desistimiento por parte del arrendatario, y, antes de que se completara el plazo de duración estipulado, decidieron modificar el contrato de arrendamiento suscrito, que supuso ya una moderación de la indemnización (...), mediante el referido acuerdo se establecieron una serie de condiciones y a partir del cumplimiento de las cuales quedaban determinados los daños y perjuicios que debía satisfacer la

demandada a la actora, y, por tanto, es improcedente volver a objetivar dicha indemnización»<sup>19</sup>.

### 3 · OTRAS CUESTIONES QUE SE HAN PLANTEADO AL RESPECTO

*Primera. Aplicación analógica del artículo 11.2<sup>20</sup> LAU 1994.* Una de las cuestiones que se plantean es si procede aplicar analógicamente el artículo 11.2 LAU 1994. En la STS de 20 de mayo de 2004 (RJ\2004\2710), se considera la aplicación analógica del citado artículo sobre la base del argumento de que la jurisprudencia que interpretaba el artículo 56 de la LAU 1964 aplicó un criterio corrector a fin de evitar situaciones de enriquecimiento injusto y que, en consecuencia, no existiendo ahora un precepto equivalente que obligue al arrendatario a pagar toda la renta contractual aunque se marche antes de finalizar la duración pactada, procede aplicar a los arrendamientos de local de negocio de forma analógica la norma aplicable a los arrendamientos de vivienda y, por tanto, limita la indemnización a una mensualidad de renta por cada año de contrato que quede por cumplir.

Entre los argumentos en contra de dicha aplicación analógica, destacamos los siguientes:

1. En primer lugar, por el propio funcionamiento de la analogía<sup>21</sup>, que solo debe ser de aplicación en caso de «lagunas que se producen en una

<sup>18</sup> «Como epílogo, permítasenos expresar nuestro criterio en el sentido ya expuesto de no poder confundir un pacto expresa y libremente aceptado por las partes, o incluso una omisión de una imprevisible rescisión unilateral con la aplicación moderadora de un criterio paternalista al amparo de una inexistente cláusula penal o de un enriquecimiento injusto, que no pueden imputarse al propietario que nada ha incumplido y a lo que aspira es a que se cumplan los términos del contrato». R. Contijoch Pratdesaba: «Desistimiento unilateral y anticipado del contrato de arriendo por el inquilino y su trascendencia indemnizatoria en la LAU», Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica SEPIN, 297/2009, pág. 33.

<sup>19</sup> El contenido del pacto decía: «1.-El arrendatario y el arrendador, a través de expertos inmobiliarios, buscarán un arrendatario de reconocida solvencia que sustituya al arrendatario. 2.-El arrendatario devolverá el local en idénticas condiciones a las que se entregó a menos que el nuevo inquilino esté interesado en quedarse con las instalaciones existentes llegando a un acuerdo con el arrendatario. 3.-El arrendatario seguirá pagando la renta y los gastos hasta que se firme un contrato de arrendamiento con el sustituto. 4.-El arrendatario pagará los honorarios del agente inmobiliario que medie en la operación de búsqueda. 5.-El arrendatario pagará la carencia de renta que se otorgue al sustituto con el límite de una mensualidad de renta y gastos. 6.-En el caso de que la renta del sustituto fuera inferior a la que se está pagando actualmente, el arrendatario pagará la diferencia de renta que existiera por un plazo igual al que le quedara por cumplir, siendo informado el arrendatario de las condiciones previamente para que pueda mostrar su consentimiento. 7.-El arrendador hará suya la fianza legal de dos meses en concepto de indemnización».

<sup>20</sup> Artículo 11.2: «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 (...).»

<sup>21</sup> «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón» (art. 4.1 CC).

estructura de normas, cuando tal estructura debe regular el caso y no hay una norma positiva directamente aplicable»; por lo que solo cabe recurrir a ella cuando se da «una patología o deficiencia de la ley»<sup>22</sup>. Efectivamente, ha sido el propio legislador quien deliberadamente no ha querido regular expresamente esta cuestión, por lo que no cabe hablar de deficiencia de la ley; la propia ubicación del artículo 11.2 en la sección aplicable a los arrendamientos de vivienda y no en el Título IV (disposiciones comunes) aplicable a todos los arrendamientos. Por tanto, el legislador consciente y voluntariamente ha decidido dejar a la autonomía de la voluntad la regulación de las consecuencias de tal desistimiento unilateral, y en caso de que las partes no lo regulen los preceptos de derecho común que regulan el incumplimiento contractual y sus consecuencias serían directa y claramente aplicables sin tener que recurrir a la analogía.

2. En segundo lugar, la propia LAU 1994, en su artículo 4.3, excluye del régimen legal de aplicación a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, objeto del presente estudio, la regulación que la propia LAU 1994 establece para los arrendamientos de vivienda y, por ende, es clara la voluntad de que el régimen del artículo 11 no aplique de forma subsidiaria, por lo que tampoco debería aplicar de forma analógica<sup>23</sup>.

*Segundo. Consecuencias en caso de producirse otros supuestos de incumplimiento del arrendatario distintos al desistimiento.* Otra cuestión que cabe plantearse es si las consecuencias indemnizatorias que se plantean en este estudio son solo aplicables en caso de desistimiento unilateral o si son también aplicables a cualquier supuesto de incumplimiento del arrendatario que determine la resolución anticipada del contrato de arrendamiento por aplicación de sus cláusulas o, en ausencia de ellas, del artículo 1124 CC.

En tiempos de vigencia del artículo 56 LAU 1964 se mantuvo que dicho precepto no era de aplicación cuando el desalojo tiene su causa en el desahucio por falta de pago del arrendatario, pues en

este caso no puede decirse que el arrendatario desaloje la finca por su voluntad, sino que es expulsado de ella<sup>24</sup>. La literalidad del citado artículo invitaba a tal conclusión, pero esta jurisprudencia se olvida de remarcar que aun no siendo aplicable tal artículo, la aplicación de las normas generales del CC deberían llevar a la misma conclusión.

Adicionalmente, no cabría aceptar soluciones diferentes ante una actuación de incumplimiento con independencia de la forma en que tal incumplimiento se manifieste. No consideramos admisible una actuación perversa por parte del arrendatario que preferirá continuar en el inmueble sin pagar la renta, esperando el desahucio, a desistir del contrato y entregar el local al arrendatario<sup>25</sup>. Por tanto, debería ser pacífico aceptar que cualquier incumplimiento resolutorio del arrendatario (impago, desalojo o abandono del local y del contrato, etc.) debe acarrear las mismas consecuencias.

*Tercero. Conceptos indemnizables.* Otro tema que interesa destacar es definir los conceptos susceptibles de ser indemnizados. Tradicionalmente la cuestión se ha planteado en términos de renta pero la realidad ofrece otros muchos conceptos que deben ser indemnizables por aplicación directa de los artículos 1101 y 1106 CC. Así, por ejemplo, citamos los siguientes, siendo la conclusión que cualquier daño o perjuicio sufrido por el arrendador, incluido el lucro cesante, debe ser completamente reparado: (i) las rentas que procedan por lucro cesante<sup>26</sup>; (ii) en caso de nuevo arrendamiento, el arrendatario que incumplió debería compensar económicamente al arrendador, por los peores términos del nuevo arrendamiento (por ejemplo, una menor renta); (iii) el perjuicio causado por los

<sup>22</sup> J. L. Villar Palasí: *La interpretación y los apogemas jurídico-legales*, Madrid, 1975.

<sup>23</sup> Vid. entre otros, M. E. Clemente Meoro: *op. cit.*, pág. 165: «no hacía falta recurrir a la aplicación analógica del art. 11 LAU 1994, sino que bastaba con aplicar lo previsto en el art. 1.106 CC, ajustándose pues a lo que establece el art. 4.3 LAU 1994».

<sup>24</sup> Entre otras, STS 3 de julio de 1990 (RJ 1990\5768). Vid. L. Colome: «La indemnización por desalojo del arrendamiento en el contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda», *Diario La Ley*, año XXIV, núm. 5749, 28 de marzo de 2003, pág. 2.

<sup>25</sup> Vid. A. Carrasco Perera: *op. cit.*, pág. 4, que acertadamente califica esa doctrina como de «curiosa interpretación de la norma».

<sup>26</sup> Interesante destacar los efectos de una venta del inmueble con posterioridad al desistimiento: «el actor no puede reclamar la renta de un periodo en el que ya no era dueño del local, más con ello se ocasionaría un enriquecimiento injusto, no ha de sufrir perjuicio por la resolución unilateral del contrato por un tiempo en el que no estaba legitimado para reclamar las rentas, máxime cuando se enajenó el local libre de arrendamientos», Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 4.ª), núm. 266/2002 de 22 de abril (JUR\2002\167062); y STS de 17 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8071), «nadá importa a la condición del inquilino que el propietario hiciera una buena o mala venta».



gastos que genere el inmueble (gastos comunes<sup>27</sup>, etc.) y cualquier otro concepto al que se obligó el arrendatario satisfacer durante la vida del contrato (*triple net lease*), tales como, en su caso, impuestos locales, prima de seguros, gastos de mantenimiento, etc.; (iv) obras de acondicionamiento realizadas o soportadas, y no repercutidas económicamente por el arrendador y otros beneficios arrendaticios que tanto las unas como los otros fueron concedidos en atención a la duración del contrato y a la confianza y expectativa legítima de que el arrendatario cumpliría con el «plazo de obligado cumplimiento» y que a la fecha del desistimiento tales obras y beneficios estuviesen pendientes de amortización; (v) gastos de comercialización del inmueble (costes y honorarios de agentes), etc.

*Cuarto. Obligación del arrendador de minoración de los daños.* Existe un deber derivado de la buena fe de que el arrendador adopte las precauciones que razonablemente estén en su mano a fin de mitigar la extensión del daño causado por el arrendatario; en caso contrario, se rompería la relación de causa-

lidad, pues el aumento de los daños no sería consecuencia del incumplimiento, sino de la inacción del arrendador<sup>28</sup>.

El arrendador debe tomar las actuaciones razonables para arrendar de nuevo el inmueble, sin que este tenga el deber de arrendar a cualquiera y en cualesquiera condiciones y sin que el rechazo justificado de un arrendatario o de las condiciones del nuevo arrendamiento suponga abuso de derecho ni tampoco suponga una minoración de su derecho indemnizatorio y de la cantidad correspondiente. Diversas sentencias han mantenido como criterio para fijar el importe a indemnizar, el tiempo que razonablemente se necesitará para arrendar de nuevo el inmueble<sup>29</sup>, criterio que a nuestro juicio protege la posición de la parte incumplidora, en cuanto que limita o pone techo a su indemnización, pero que desprotege al que no incumplió. En ese sentido debemos igualmente disentir de cualquier fórmula compensatoria que no sea la de asegurar, en favor del que cumplió, la «indemnidad absoluta».

<sup>27</sup> Conforme a Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª) núm. 490/2006 de 23 de noviembre, (JUR\2007\181799) interpretando el antiguo artículo 56: «la propia norma legal fija de manera imperativa la indemnización por resolución unilateral anticipada, abstracción hecha de los perjuicios realmente ocasionados, sin alusión alguna a cantidades asimiladas a renta ni a actualizaciones de la misma, de manera que el montante económico de la indemnización legalmente predeterminada no puede exceder de los estrictos términos del precepto citado». Podríamos entender que alguien criticara este argumento cuando se niega su aplicación para justificar la moderación de la indemnización a percibir por el arrendador cuando éste pretende el cobro de la totalidad de las rentas.

<sup>28</sup> L. Díez Picazo: *op. cit.*, pág. 689.

<sup>29</sup> M. E. Clemente Meoro: *op. cit.*, pág. 165.

En este sentido, véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 3.ª) de 1 de junio de 2002 (JUR\2003\88476): «la indemnización ha de consistir en la cantidad de renta correspondiente al tiempo que razonablemente tardará el arrendador en volver a arrendar el inmueble en condiciones similares a como lo estaba», y de no ser así «bastaría con que el arrendador pidiera una renta desmesurada, dilatando el nuevo arrendamiento y quedando a su solo arbitrio la determinación de los daños y perjuicios». Asimismo, se aprecia, «inexistencia de circunstancias que permitan prever una especial dificultad para encontrar un nuevo arrendatario que abone una renta similar o superior», como razón para moderar la indemnización y afirmando que «el arrendador no ha llevado a cabo actividad alguna tendente a concertar un nuevo arriendo» (STS de 18 marzo 2010, núm.186/2010 (R)\2010\2404).