



Roj: **STS 4557/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4557**

Id Cendoj: **28079110012021100833**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2021**

Nº de Recurso: **5549/2018**

Nº de Resolución: **853/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 853/2021

Fecha de sentencia: 10/12/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5549/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID. SECCION 12ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5549/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 853/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 10 de diciembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos S.L.U., representada por el procurador don Carlos Beltrán Marín y bajo la dirección letrada de don José Carlos Muñoz Gutiérrez, contra la sentencia

n.º 327/2018 dictada con fecha 20 de septiembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) en el recurso de apelación núm. 280/2018, dimanante de juicio verbal n.º 515/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Alcorcón. Ha sido parte recurrida, Barahona Importaciones y Eventos Musicales S.L., Melkin Pérez de León, Evaristo y Feliciano, representados por la procuradora doña M.ª Jesús García Letrado, bajo la dirección letrada de doña María Luisa Ibernón Gallardo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de julio de 2016 el procurador don Carlos Beltrán Marín, en nombre y representación de Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos, S.L.U., presentó una demanda de juicio verbal de desahucio por expiración del plazo de vigencia contractualmente pactado en el contrato de arrendamiento contra Barahona Importaciones y Eventos Musicales S.L., como arrendataria, y don Imanol, don Evaristo y don Feliciano, como fiadores personales de la arrendataria, acumulando la acción de reclamación de cantidad por el importe total resultante de aplicar 500 euros diarios a cada uno de los transcurridos desde la fecha del incumplimiento de la obligación de entregar el local arrendado (1 de marzo de 2016), hasta el día en que esa entrega se haga efectiva en concepto de indemnización resultante de aplicar la cláusula penal moratoria expresamente pactada en el documento público al que se elevó el contrato de arrendamiento.

Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que se dictara sentencia declarando:

"[...] a) Haber lugar al desahucio interesado, declarando el arriendo resuelto el 29 de febrero de 2016, por expiración del término contractualmente pactado, con apercibimiento a la mercantil arrendataria - para el caso de que no lo desaloje voluntariamente- de lanzamiento en los plazos que al efecto se señalen, y ello respecto del inmueble arrendado, un local comercial número 7, ubicado en el CENTRO COMERCIAL OESTE, sito en Alcorcón (Madrid), en la calle Mayor, con vuelta a la avenida de los Cantos y calle Valladolid, sin número.

" b) Condene conjunta y solidariamente a la mercantil demandada, Barahona Importaciones y Eventos Musicales, S.L. y a los fiadores D. Imanol, D. Evaristo y D. Feliciano, a pagar a la actora la cantidad correspondiente a la cuantía total exigible en cumplimiento de la cláusula penal moratoria expresamente pactada y cuyo importe, por último, será el que resulte de aplicar quinientos euros (500 €) diarios a cada uno de los días que transcurran desde la fecha fijada para la obligación de entregar el local arrendado (1 de marzo de 2016), hasta el día que dicha entrega se haga efectiva, deduciendo del importe resultante la cantidad de los 6.000 € ingresados por la arrendataria en la cuenta arrendadora con fecha 9 de marzo de 2016, y todo ello sin perjuicio de que, tras la efectiva entrega del bien, sea realizada la oportuna liquidación de los importes de las fianzas recibidas.

"c) Condene solidariamente en costas a las partes demandadas".

SEGUNDO. Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Alcorcón, se registró como juicio verbal n.º 515/2016. Una vez fue admitida a trámite se dispuso el emplazamiento de los demandados para que comparecieran en autos y la contestaran, lo que hicieron en tiempo y forma. Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Alcorcón, dictó sentencia de fecha 20 de noviembre de 2017, con el siguiente fallo:

"FALLO:

" ESTIMAR parcialmente la demanda interpuesta por COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE TRANSACCIONES, EXPLOTACIONES Y ARRENDAMIENTOS, S.L.U. contra la mercantil BARAHONA IMPORTACIONES Y EVENTOS MUSICALES, S.L., D. Imanol, D. Evaristo y D. Feliciano, realizando los siguientes pronunciamientos:

"-DECLARO resuelto el contrato de arrendamiento del local de negocio celebrado entre las partes en fecha 1 de septiembre de 2015 por expiración del término pactado;

"- DECRETO el DESAHUCIO de la mercantil demandada del local, número 7, sito en el Centro Comercial Oeste de Alcorcón, con apercibimiento de lanzamiento a la mercantil demandada para el caso de que no lo desaloje voluntariamente, en la fecha señalada en su día, condenándole a dejar la finca arrendada libre, vacía y a disposición de la propiedad, con entrega de llaves.

"- CONDENO a la mercantil demandada Barahona Importaciones y Eventos Musicales, S.L. y a los fiadores D. Imanol, D. Evaristo y D. Feliciano a abonar a la actora la cantidad de 150 euros diarios a calcular en ejecución de sentencia desde el día 2 de junio de 2016, hasta la fecha del efectivo desalojo.

" Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales".

TERCERO. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos, S.L.U. Admitido el recurso se dio traslado a la parte contraria que se opuso, y, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid, correspondiéndole la tramitación y resolución del mismo a la Sección Duodécima, que dictó sentencia n.º 327/2018 de fecha 20 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS:

" Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE TRANSACCIONES, EXPLOTACIONES Y ARRENDAMIENTOS, S.L.U contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Alcorcón, en autos de Juicio Verbal n.º 515/2016, y en consecuencia procede:

" 1.º CONFIRMAR íntegramente la expresada resolución.

" 2.º IMPONER a la recurrente vencida las costas ocasionadas en la sustanciación de esta alzada".

CUARTO. La representación procesal de Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos, S.L.U. (CETEXA, S.L.U), interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia n.º 327 dictada con fecha de 20 de septiembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) en el recurso de apelación n.º 280/2018; en infracción procesal en atención a lo dispuesto en el artículo 469.1.4º LEC, y en casación en atención a lo dispuesto en el art. 477. 2.3º LEC.

1. Invoca un único motivo para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, que encabeza así:

"A) DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

ÚNICO.- (469.1.4º LEC).- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectivo, del art. 24 CE, por valoración ilógica, irracional y arbitraria de la prueba documental pública, contraviniéndose así igualmente, los arts. 318 y 319 LEC, sobre valor probatorio pleno de los documentos públicos aportados al proceso. Señalamos de forma expresa que el recurso por infracción procesal se presenta conjuntamente con el recurso de casación que únicamente se funda en el n.º 3 del apartado segundo del artículo 477, y por lo tanto su admisión se encuentra supeditada a la de este último, tal y como dispone la Disposición Final Decimosesta, regla 5.ª de la LEC".

2. El recurso de casación se interpone fundamentado en un único motivo que introduce con el siguiente encabezamiento:

"MOTIVO ÚNICO. - Que la sentencia impugnada resulta recurrible, al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al presentar la resolución del recurso interés casacional al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo establecida en la aplicación del artículo 1152 en relación al art. 1154 ambos del Código civil, al haber moderado la cantidad de indemnización pactada en una cláusula penal contenida en un contrato de arrendamiento distinto del de vivienda, suscrito entre empresarios, al amparo de la libertad de pactos que autorizan los del artículo 1255 del código civil y el artículo 4, apartado 3, de la ley 29/1994, de 24 de noviembre, sobre arrendamientos urbanos. jurisprudencia recogida, entre otras, en las sentencias del tribunal supremo de 14/02/2018, n.º 74/2018, sentencia de 5 de octubre de 2010, n.º 632/2010, sentencia de 23/10/2012, n.º 615/2012 y de 20/05/1986, la cual impide la moderación de su importe cuando el cumplimiento es total, con independencia del importe pactado, o que se haya producido daño o no, e incluso eximiendo de la prueba de la producción de daños, y declarándola aplicable aunque los daños no se hubieran producido en absoluto".

QUINTO. Recibidas las actuaciones en esta Sala, por auto de fecha 3 de febrero de 2021 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación interpuestos, confiriéndose traslado del citado auto de admisión a la parte recurrida para que formalizara oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, en el que solicita la desestimación íntegra del recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO. Por providencia de fecha 13 de septiembre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 27 de octubre de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*



1. Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal objeto de esta sentencia se han interpuesto en un proceso iniciado por una "[d]emanda de juicio verbal de desahucio por expiración del plazo de vigencia contractualmente pactado en el contrato de arrendamiento acumulando la acción de reclamación de cantidad por el importe total que resulte de aplicar quinientos euros (500 €) diarios, a cada uno de los que transcurran desde la fecha (1 de marzo de 2016) del incumplimiento de la obligación de entregar el local arrendado, hasta el día que dicha entrega se haga efectiva, y ello en concepto de indemnización resultante de la aplicación de la cláusula penal moratoria expresamente pactada en el documento público al que se elevó el contrato de arrendamiento, más las cantidades que se vayan devengando por otros conceptos de legal aplicación", siendo parte demandante Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos, S.L.U. y parte demandada Barahona Importaciones y Eventos Musicales, S.L., como arrendataria, y D. Imanol , D. Evaristo y D. Feliciano , como fiadores personales de la arrendataria.

2. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, y así: (i) declara resuelto el contrato de arrendamiento; (ii) decreta el desahucio de la mercantil demandada; (iii) y condena a esta y a los fiadores demandados a abonar a la demandante la cantidad de 150 euros diarios a calcular en ejecución de sentencia desde el día 2 de junio de 2016 hasta la fecha del efectivo desalojo; todo ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

El juzgado, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, dice: (i) que "[d]e la prueba practicada en el acto del juicio se colige que en fecha 12 de agosto de 2014 la entidad actora (Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos, S.L.U.), como arrendadora, y la entidad Barahona Importaciones y Eventos Musicales, S.L., como arrendataria, celebraron contrato de arrendamiento del local comercial número 7, sito en el Centro Comercial Oeste de Alcorcón, firmando como fiadores personales D. Imanol , D. Evaristo y D. Feliciano ; (ii) que "[L]a duración pactada fue de un año; no obstante, siendo la voluntad de ambas partes seguir manteniendo la relación arrendaticia, en fecha 1 de septiembre de 2015, firmaron un acuerdo de novación pactando un nuevo plazo de vigencia"; (iii) que "[L]legada la fecha pactada -29 de febrero de 2016-, la arrendadora requirió a la arrendataria y avalistas para que procedieran a la devolución de las llaves del local el día 1 de marzo de 2016"; (iv) que "[E]n el día de la fecha se levantó acta de presencia por el Notario (sic) en la que se hizo entrega de las llaves"; (v) que "[A] pesar de ello, la arrendataria permaneció en el uso del local durante los meses de marzo y abril, efectuándose negociaciones entre las partes para la firma de un nuevo contrato de arrendamiento"; (vi) que "[D]ichas negociaciones finalizaron tras remitir la arrendadora a la arrendataria una propuesta de contrato que no fue aceptada por ésta. Así, en fecha 23 de mayo de 2016, la arrendadora remitió burofax a la arrendataria comunicándole el fin de las negociaciones y requiriéndole para la entrega inmediata del local, burofax que fue recibido por ella; a pesar de lo cual, se ha mantenido en la posesión y disfrute del local hasta la fecha actual"; (vii) que "[N]o se ha acreditado, como sostiene la demandada, la existencia de un contrato verbal entre las partes que permitiera la continuación en el arrendamiento"; (viii) que "[t]ampoco ha quedado acreditada la oposición del arrendador al uso y disfrute del local por el periodo de tiempo entre la resolución y el envío del burofax de 23 de mayo de 2016. Ciertamente es que se produjo un acto formal de resolución del contrato y entrega de la posesión, de hecho se envió inmediatamente un burofax requiriendo el desalojo inmediato; no obstante, dichas actuaciones no se compadecen con la remisión de un nuevo contrato a la demandada que evidencia el documento número dos aportado por la demandada, en relación con el acta notarial aportada en el acto de la vista"; (ix) que "[I]o cierto es que la valoración conjunta de la prueba documental aportada evidencia que durante dos meses, marzo y abril de 2016, las partes estuvieron negociando un nuevo contrato de arrendamiento, consintiendo durante este periodo de tiempo el arrendador el uso y disfrute del local por parte del arrendatario y fue, tras la frustración de las negociaciones, en fecha 24 de mayo 2016 fue (sic) cuando la arrendadora manifestó de forma tajante e inequívoca su voluntad de cesar en las negociaciones y recuperar la posesión, requiriendo expresamente a la arrendataria la entrega del local y fue también en ese momento cuando la arrendataria tuvo cabal y consciente conocimiento de la voluntad de no continuar las negociaciones, así como del requerimiento para que desalojara el local, lo que se demuestra, no solo a tenor del contenido del documento -burofax de 24 de mayo de 2016-, sino también teniendo en cuenta lo que se manifestó por la arrendadora en el acto del juicio sobre delitos leves y los sucesivos burofaxes remitidos a la demandada mensualmente para que desalojara el local. A partir de ese momento ya no pudo tener duda alguna, lo que se evidencia, incluso, con el hecho de que no abonara ninguna renta"; (x) y que "[n]o se puede hablar de tácita reconducción [...], pues el arrendador requirió al arrendatario para la resolución en fecha 12 de enero de 2016 [...] y se resolvió en (sic) contrato en presencia del notario [...] sino de negociaciones para alcanzar otro acuerdo, tiempo durante el cual, por un lado, el arrendador consintió el uso y disfrute del local, tal y como evidencia el correo enviado por su asesor, a pesar de la formulación de la denuncia ante el Juzgado de Guardia y, por otro lado, el arrendatario abonó 6.000 euros".

El juzgado añade a lo anterior, en el fundamento de derecho tercero, en relación con la cláusula penal, que "[t]eniendo en cuenta que la renta pactada en el contrato de 1 de septiembre de 2015 ascendía a 3.150 euros



y que en la proposición efectuada por la arrendadora para la firma de un nuevo contrato de arrendamiento ascendía a 6.346 euros, se estima que, en aplicación de la jurisprudencia expuesta [la sentencia cita las sentencias de 12 de enero de 1999, 27 de mayo de 2004 y 13 de julio de 2006] en cuanto a la cláusula penal, en relación con la renta pactada y la que se pretendió pactar posteriormente, es absolutamente desproporcionada, por lo que procede su moderación. Y para ello, teniendo en cuenta la renta diaria existente y la que se hubiese podido obtener de haber arrendado el local a un tercero (menos de los 6.346 euros que propuso a la demandada en abril de 2016, cantidad que, además resulta incierta), se estima ajustado a derecho atender al importe diario de ciento cincuenta euros".

3. Interpuesto recurso de apelación por la demandante alegando, por un lado, que la documental aportada probaba su clara e inequívoca oposición a la ocupación del local por parte de la demandada, y, por otro lado, que no procedía moderar la cláusula penal, que estaba prevista para este caso de incumplimiento total al no efectuarse la entrega del local, la Audiencia dictó sentencia desestimándolo e imponiendo las costas de la alzada a la parte recurrente.

La Audiencia, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, dice: (i) que "[t]ras la audición del juicio y la consulta de las diversas comunicaciones habidas entre las partes, se llega a igual conclusión que la Juzgadora de Instancia, efectivamente ambas partes resuelven el día 29/2/16, el contrato de fecha 12/8/14 novado el 1/9/15, con entrega de llaves según acta notarial [...], en fecha 1/3/16. Reconocemos que la intención del ahora recurrente es propicia a que dicha resolución sea definitiva, según las comunicaciones que dirige al arrendatario. Pero esta premisa quiebra con la remisión de una propuesta de nuevo contrato por la propiedad a la demandada [...], y que según el acta notarial consta enviado el 25 de abril de 2016, anteriormente se había hecho ingreso por la demandada de la suma de 6.000€ para abono de los meses de marzo y abril. Con lo cual debe estimarse que el razonamiento de la Juzgadora es lógico, si durante estos dos meses de marzo y abril se encuentran los litigantes en negociaciones para un nuevo contrato, y se abona la renta anteriormente pactada como una indemnización por la ocupación mientras dura la negociación, no podemos admitir que la demandante no pretendiera renovar la relación locativa a través de la firma de un nuevo contrato, pues resulta manifiesto que le envía una copia de dicho nuevo contrato al arrendatario en Abril (sic). Entendiendo que el contrato está resuelto y procede el devengo de la cláusula penal, que actúa como indemnización por la ocupación indebida, lo deducible es que esta sólo se iniciara desde el momento que la voluntad de la propiedad, resulta clara y definitivamente contraria, al mantenimiento del arrendamiento, al no llegar a un acuerdo novatorio. Es por ello que sustraer al devengo de dicha pena, los días de negociación es lo más consecuente con la actitud de los litigantes, y que el fax de fecha 24/5/16 a partir del cual se fija el dies a quo para tal computo (sic), es lo más lógico, resultando irrelevante que no recibiera el demandado dicha comunicación, pues lo trascendente de la misma es la voluntad del arrendador, y no del arrendatario, de definitivamente finiquitar la relación con el desalojo del inquilino"; (ii) y que "[E]n el presente caso, puesto que se trata de una renta mensual de 3.000€, el devengo de 500€ al día supone en un mes la cantidad de 15.000€, esto es cuadruplica, la renta pactada por la posesión del bien a nivel contractual, lo que lleva a apreciar que efectivamente existe una penalidad desproporcionada, y que la moderación de la juzgadora de instancia es justa, pues se atiene a las tesis expuestas en cuanto que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena, sobre el daño previsible, no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Lo que nos lleva a aceptar el criterio moderador del juzgador de instancia".

4. Disconforme con la sentencia anterior, la demandante ha interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. *Motivo del recurso. Alegaciones de la parte recurrida. Decisión de la sala*

Motivo del recurso

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en un motivo único que se introduce con el siguiente encabezamiento: "[469.1.4º L. E. C.). En cumplimiento de los criterios recogidos en el Acuerdo del Tribunal Supremo, Sala Primera, Pleno no jurisdiccional de 27 de Enero de 2.017 sobre "Criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal", hemos de manifestar, dicho sea con los debidos respetos y en términos de defensa, que la sentencia dictada vulnera el derecho a la tutela judicial efectivo (sic), del Art. 24 CE, por cuanto hace una valoración ilógica, irracional y arbitraria de la prueba documental pública obrante en autos, contraviéndose así, igualmente, los Art. 318 y 319 L. E. C., sobre valor probatorio pleno de los documentos públicos aportados al proceso".



La parte recurrente dice: (i) que: "tanto el Juzgado como la AP de Madrid contravienen lo dispuesto en los Art. 318 y 319 de la L. E. C., que atribuyen prueba plena a los documentos públicos aportados respecto a acreditar que la ocupación del local fue incontestada por la arrendadora [se refiere a los documentos presentados con la demanda bajo los núms. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 y 13]. Es evidente que ambos Órganos Jurisdiccionales (sic) hacen una valoración contraria a la tasada legalmente en los Art. 318 y 319 L. E. C.; y, por ende, una valoración ilógica e irrazonable, supuesto en que puede entenderse comprometida la propia tutela judicial efectiva del 24 CE., y ello por presumir prestado el consentimiento de la arrendadora sin más prueba que un borrador de un contrato de arrendamiento remitido por la arrendadora a quien de manera incontestada ocupaba ya el local arrendado, equiparando erróneamente la simple propuesta con el efectivo consentimiento, y la intención de contratar con la efectiva contratación, y todo ello ignorando la abundante documental pública aportada por esta parte [...], sin que en los autos exista ninguna otra que la contradiga y por tanto, esta documental pública debiera haber sido la única a tener en cuenta por el Juzgado (sic) primero, y después por el Tribunal (sic). Esta es la prueba reina en el presente proceso y frente a ella no se ha aportado ninguna otra que acredite que la ocupación del local por parte del arrendatario fuera consentida después de la expiración el 29 de febrero de 2106; (ii) y que: "[R]esolver esta cuestión es capital para determinar el día de inicio para el computo (sic) de la aplicación de la clausula (sic) penal, pactada en el contrato de arrendamiento".

Alegaciones de la parte recurrida

2. La demanda-recurrida dice que "[la] infracción procesal alegada de contrario es inexistente, y carece de fundamento, ya que de la lectura del mismo lo que se pretende es una valoración de prueba de acuerdo con su particular criterio"; que "[E]l que la parte recurrente discrepe en la interpretación de la prueba no significa que exista vulneración del artículo 24 de la Constitución, pues no cualquier vulneración del ordenamiento jurídico implica vulneración de la tutela judicial efectiva"; que "[S]olo el error patente (determinante de arbitrariedad) puede alegarse como motivo del recurso, con los siguientes requisitos: (i) debe tratarse de un error fáctico - material o de hecho-; (ii) debe ser patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales; (iii) no podrán acumularse en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes pruebas; (iv) es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre un mismo hecho"; y que "[n]o existe valoración, ilógica, irracional de la prueba documental aportada al proceso y el motivo ha de desestimarse".

Decisión de la sala

3. La doctrina de la sala sobre el alcance de su función revisora cuando se alega error en la valoración de la prueba al amparo del art. 469.1.4.º LEC la recoge, de forma muy precisa, la reciente sentencia 562/2021, de 26 de julio, cuando señala, en su fundamento de derecho segundo, lo siguiente:

"La técnica casacional exige respetar los hechos y la valoración probatoria de la Audiencia, sin que constituya una tercera instancia (sentencias 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre; 83/2021, de 16 de febrero o 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

"No es posible tampoco llevar a efecto una nueva valoración de la prueba practicada a través del recurso extraordinario por infracción procesal; toda vez que no figura el error en la valoración de la prueba dentro de los específicos motivos tasados contemplados en el art. 469 de la LEC, lo que pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias. De esta forma, nos hemos expresado en las sentencias 626/2012, de 11 de octubre, con cita de otras muchas; 263/2016, de 20 de abril; 615/2016, de 10 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo.

"Lo anteriormente expuesto no impide, sin embargo, con fundamento en el art. 24 de la CE corregir una valoración irracional y arbitraria de la prueba, que incurra en patentes y manifiestos errores fácticos, de constatación objetiva y transcendencia acreditada en la decisión del proceso, así como veda consagrar resoluciones fruto de un mero voluntarismo judicial.

"La concurrencia de vicios de tal clase permite realizar un control jurisdiccional por parte de este tribunal, al hallarse amparado para ello por el art. 469.1.4.º de la LEC, en relación con el art. 24 de la CE, que constitucionaliza los derechos fundamentales de naturaleza procesal, que conforman las garantías del juicio justo. En definitiva, lo que proscribire nuestro ordenamiento jurídico es la valoración irracional de las pruebas, concebidas éstas como instrumentos de demostración de las afirmaciones fácticas de las partes.

"En la tesis expuesta, nuestro Tribunal Constitucional admite que la temática de la prueba se encuentre afectada por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996, de 15 de enero y más recientemente 61/2019, de 6 de mayo, entre otras).



"No es de extrañar, entonces, que este tribunal, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrija, al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad, que ha de presidir cualquier resolución judicial.

"En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

""Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, 'esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)'''.

"De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre o 681/2020, de 15 de diciembre, entre otras muchas.

"Por su parte, las sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril, proclaman que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

"La doctrina anteriormente expuesta hay que circunscribirla a sus justos términos, y, por consiguiente, no tolera incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción. Defender una versión discrepante sobre los hechos objeto del proceso no encuentra amparo en el art. 469.1.4º de la LEC, salvo que los considerados acreditados por la Audiencia, como venimos insistiendo hasta la saciedad, sean resultado de una valoración irracional o arbitraria de la prueba, no meramente distinta o discordante de la sustentada por la parte recurrente".

En nuestro caso, el error denunciado guarda relación con la ocupación por la entidad recurrida del local que había sido arrendado durante el periodo comprendido entre la resolución del contrato de arrendamiento (el 29 de febrero de 2016 se produjo la expiración del plazo del arrendamiento y el 1 de marzo de 2016 se levantó acta de presencia por el notario en la que se hizo entrega de las llaves) y el envío del burofax de 23 de mayo de 2016, y, más concretamente, sobre el carácter consentido de dicha ocupación y la falta de oposición a esta de la entidad recurrente. Hecho que es sin duda relevante, o, como se dice en el motivo, "[c]apital para determinar el día de inicio para el computo (sic) de la aplicación de la clausula (sic) penal, pactada en el contrato de arrendamiento".

La Audiencia acepta la conclusión de la juzgadora, que afirma, por su parte, que "[n]o ha quedado acreditada la oposición del arrendador al uso y disfrute del local por el periodo de tiempo entre la resolución y el envío del burofax de 23 de mayo de 2016" y, asimismo, que "[d]urante dos meses, marzo y abril de 2016, las partes estuvieron negociando un nuevo contrato de arrendamiento, consintiendo durante este periodo de tiempo el arrendador el uso y disfrute del local por parte del arrendatario".

Sin embargo, de los documentos acompañados a la demanda bajo los núms. 7 y 8 lo que se infiere, de forma inequívoca, es lo contrario.

El primero, da cuenta de la denuncia que la recurrente formuló el 5 de marzo de 2016 al seguir la recurrida ocupando el local.

Y el segundo, que refleja el contenido del burofax enviado el 11 de marzo de 2016, en el que se reproduce parte del contenido del que se había remitido el 14 de enero próximo pasado (tanto a la arrendataria como a los avalistas -docs. 3, 4 y 5 de la demanda-) y que también alude al acta notarial de 1 de marzo de 2016 (doc. 6 de la demanda), consigna, entre otras, las siguientes declaraciones: (i) "[e]l hecho cierto es que ni me han devuelto las llaves en cuestión, ni hemos firmado, al respecto, documento alguno, sino que la triste realidad es que en nombre y representación de "Barahona Importaciones y Eventos Musicales, S.L." [...], o bien, por iniciativa y decisión suya, se han utilizado las llaves para abrir de nuevo el local y en un acto de intrusión evidente, seguir



ocupándolo de facto y ejercer en él la actividad de discoteca, de manera ilícita"; (ii) "[I]nsistimos, que desde el día 1 de marzo del 2016, tras un acto, que ahora podemos decir que ha resultado ser una artimaña de distracción, con simulacro incluido de entrega del local arrendado, ustedes siguen ocupando de facto nuestra propiedad, pese a no tener contrato de arrendamiento ni contar con permiso nuestro alguno, ni de ningún otro tipo de consentimiento, lo que nos lleva a declarar que su acción es un acto de clara y deliberada intrusión en propiedad ajena y que su manera de actuar la consideramos tan legítima como ilegal, todo lo cual, como no podía ser de otro modo, se ha puesto en conocimiento de la autoridad judicial y municipal competente"; (iii) "[P]or otra parte, hemos constatado, en nuestro extracto bancario, que ayer día 9 de los corrientes, nos realizaron una transferencia de seis mil euros (6.000 euros) indicando como concepto "Alquiler Marzo 2016". Sepa que en modo alguno reconocemos haber recibido dicho ingreso para el concepto señalado, y que la única explicación coherente de su gesto es que, dicho ingreso, les delata y confirma, inequívocamente, que ustedes están ocupando nuestro local, que siguen funcionando con su actividad de discoteca, y que han considerado que debían girarnos una parte de sus ganancias, pero le repito, que no vamos a aceptar este proceder y, por consiguiente, dicha cantidad les será devuelta en el mismo momento que reconozcan los hechos acontecidos, depongan, al mismo tiempo, de su actitud, cierren, definitivamente, el funcionamiento del local y, acto seguido, firmemos ante Notario (sin) el documento de fin de contrato, de devolución de todas las llaves y de entrega efectiva de nuestra propiedad. Si no fuese así, dicha cantidad quedará retenida a los efectos de cubrir las responsabilidades civiles a que hubiere lugar para "Barahona Importaciones y Eventos Musicales, SL" así como para indemnizar a "Cetexa SLU" con la cantidad de quinientos euros diarios (500 euros) desde el 1 de marzo de 2016 hasta la entrega efectiva del local, por el perjuicio económico de la no disponibilidad y posesión real del mismo [...]"

A la vista de estos documentos no es posible concluir que no "[h]a quedado acreditada la oposición del arrendador al uso y disfrute del local por el periodo de tiempo entre la resolución y el envío del burofax de 23 de mayo de 2016", cuando lo que precisamente se desprende de su contenido es la oposición a la ocupación de la recurrente; hasta el punto de llegar, por razón de su existencia, a la denuncia penal.

Dice la Audiencia, que no desarrolla argumento alguno sobre dicha prueba documental, pese a su relevancia, que el razonamiento de la juzgadora sobre el consentimiento y la falta de oposición es lógico, porque los litigantes, durante los meses de marzo y abril, negociaron un nuevo contrato del que la recurrente llegó a remitir una copia a la recurrida, y porque, además, durante esos dos meses, se abonó la renta anteriormente pactada como una indemnización por la ocupación mientras duraba la negociación.

Sin embargo, nada de lógico hay en ello si se tiene en cuenta:

En primer lugar, que, de la negociación mantenida de cara a la concertación de un nuevo contrato, del que, ciertamente, se remitió una copia a la recurrida, no se sigue necesariamente, y, aún menos, en contra de manifestaciones y actuaciones tan inequívocas como las señaladas con anterioridad, que la recurrente consintiera la ocupación. Y ello, dado que no existe ninguna relación de exclusión forzosa entre el hecho de oponerse a la ocupación y el hecho de negociar un nuevo contrato, que, como tales, resultan perfectamente compatibles. Es más, ni siquiera ha sido esa la posición defensiva de la recurrida. Su tesis para justificar la ocupación no fue que la recurrente la consintió sin oposición porque estaba negociando con ella un nuevo contrato, sino que en fecha posterior a la de la entrega de la posesión, habiéndose producido la devolución de las llaves y el abandono del local, "[f]ue la propiedad quien de nuevo le facilitó las llaves del local al formalizar nuevo contrato verbal de arrendamiento". Contrato este que ni el juzgado ni la Audiencia han considerado probado.

Y, en segundo lugar, que lo que dice la Audiencia sobre la transferencia que la recurrida realizó a favor de la recurrente por la cantidad de 6000 euros en el mes de marzo, a saber, que durante los meses de marzo y abril en que los litigantes estaban en negociaciones para un nuevo contrato "[s]e abona la renta anteriormente pactada como una indemnización por la ocupación mientras dura la negociación", es una simple aserción, pero no un argumento o una justificación. Debiendo anotarse, en este sentido, dos consideraciones. La primera, que con base solo en dicho ingreso (ni la Audiencia ni el juzgado, aparte la negociación aludida, aportan más elementos), y visto lo que la recurrente manifestó al respecto en el burofax enviado el 11 de marzo de 2016 (documento núm. 8 antes referido) no es posible concluir, no al menos de forma lógica y razonable, que aquella consintiera la ocupación del local y atribuyera por causa de ella a la cantidad transferida el carácter de indemnización que señala la sentencia recurrida. Y la segunda, que lo que dice la Audiencia tampoco fue un hecho que la recurrida afirmara en su defensa. Esta no dijo, en ningún momento, que hubiera transferido los 6000 euros como una indemnización por la ocupación mientras duraba la negociación. Afirmó algo muy distinto: que esa cantidad se transfirió conforme al nuevo contrato verbal concertado (el que ni el juzgado ni la Audiencia consideran probado) en concepto de pago de las rentas de los meses de marzo y abril, tal y como habían pactado.



Por las razones anteriores, consideramos que en el caso concurren las condiciones que excepcionalmente permiten apreciar la existencia de un error en la valoración de la prueba, puesto que se trata de un error, material o de hecho, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión, que es manifiesto y que resulta verificable de forma inequívoca a partir de las actuaciones judiciales.

En consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser estimado, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en la regla 7.ª, del apartado primero, de la disposición final decimosexta LEC, procede anular la sentencia recurrida y dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

Recurso de casación

TERCERO. Motivo del recurso. Alegaciones de la parte recurrida. Decisión de la sala

Motivo del recurso

1. El recurso de casación se funda en un motivo único que se introduce con el siguiente encabezamiento: "Que la sentencia impugnada resulta recurrible, al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al presentar la resolución del recurso interés casacional al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo establecida en la aplicación del artículo 1152 en relación al art. 1154 ambos del Código civil, al haber moderado la cantidad de indemnización pactada en una cláusula (sic) penal contenida en un contrato de arrendamiento distinto del de vivienda, suscrito entre empresarios, al amparo de la libertad de pactos que autorizan los del artículo 1255 del código civil y el artículo 4, apartado 3, de la ley 29/1994, de 24 de noviembre, sobre Arrendamientos Urbanos. jurisprudencia recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 14/02/2018, nº 74/2018, sentencia de 5 de octubre de 2010, nº 632/2010, sentencia de 23/10/2012, nº 615/2012 y de 20/05/1986, la cual impide la moderación de su importe cuando el [in]cumplimiento es total, con independencia del importe pactado, o que se haya producido daño, o no, e incluso eximiendo de la prueba de la producción de daños, y declarándola aplicable aunque los daños no se hubieran producido en absoluto".

La parte recurrente dice: (i) que: "[T]eniendo en cuenta que la parte arrendataria incumplió una de las obligaciones esenciales del contrato de arrendamiento, cual es la devolución del local al concluir el contrato, y que la cláusula penal pactada por las partes lo fue para garantizar dicha obligación, ha de entenderse que se dan todos los requisitos que establece el artículo 1152 del Código Civil para que sea aplicable la cláusula penal, sin que sea obstáculo para ello que hayan existido negociaciones, ni tampoco que el arrendatario procediera al pago de los 6000.-€ ingresados en marzo de 2016, cuando ya se había extinguido el contrato de arrendamiento, y más aún cuando la arrendadora comunicó a la arrendataria que se abstuviera de hacer ingresos en concepto de renta de un contrato ya extinguido"; (ii) y que: "La aplicación de las normas citadas en el sentido contrario a la jurisprudencia del TS, ha sido elemento definitorio del fallo de la resolución judicial, al concluir moderando la cuantía de la indemnización pactada en una cláusula (sic) penal, contenida en un contrato de arrendamiento distinto del de vivienda, suscrito entre empresarios, al amparo de la libertad de pactos que autorizan los del artículo 1255 del código civil y el artículo 4, apartado 3, de la ley 29/1994, de 24 de noviembre, sobre Arrendamientos Urbanos. Por lo tanto, la aplicación de las normas infringidas, de forma contraria a la realizada por la sentencia de apelación recurrida, en el sentido permitido por la jurisprudencia del TS, y, en base, a las motivaciones jurídicas expuestas en los apartados anteriores, se hubiesen plasmado en un resultado totalmente diferente al consignado en la sentencia, pues se hubiese permitido aplicar la cuantía de 500.- diarios como importe de la cláusula penal".

Alegaciones de la parte recurrida

2. La demandada-recurrida se opone al recurso. Dice que "[c]arece de fundamento, pues no existe infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo"; que "[el arrendamiento había terminado y se entregó la posesión ante fedatario público, se inició, por tanto, un arrendamiento nuevo, verbal, en el que la cláusula de penalización no estaba en vigor"; que, como ya solicitó en su escrito de contestación a la demanda, "[p]ara el caso de que se entendiera en vigor el contrato, [... procedería aplicar] de forma subsidiaria [...] el criterio moderador de la cláusula de penalización [...] pues el carácter indemnizatorio fijado en el contrato es abusivo y no entra únicamente a indemnizar los posibles daños y perjuicios sino a establecer un enriquecimiento injusto"; y que "[l]a Sentencia de Instancia (sic) y la Audiencia ha hecho uso de la facultad que le corresponde en orden a la interpretación del contrato y aplicación de la cláusula moderadora, y únicamente cabe su revisión por vía de recurso extraordinario cuando en la misma se ha incurrido en vulneración directa de las normas que la regulan, o bien resulta ilógica o arbitraria (sentencia de 29 febrero 2012, rec. 495/2008, que reitera la doctrina expresada en la núm. 292/2011, de 2 mayo, 559/2010, de 21 septiembre y 480/2010, de 13 julio, entre otras); circunstancias que no apreciamos en el caso presente, pues como alegábamos en el motivo anterior no existe arbitrariedad en la valoración de la prueba".



Decisión de la sala

3. La cláusula penal litigiosa tiene el siguiente contenido: "Teniendo la Arrendadora derecho, reconocido por la Arrendataria, de recuperar el local arrendado en el plazo acordado contractualmente, ya sea por finalización del contrato, ya sea por aplicación del procedimiento de desahucio contractual, expresamente pactado entre las partes, o bien, si hubiere lugar, por lanzamiento ejecutado por mandato judicial, la Arrendataria si no cumpliera con su obligación de entregar el local arrendado en la fecha debida, vendrá obligada a indemnizar a la Arrendadora con la cantidad de quinientos euros diarios, desde la fecha del incumplimiento hasta la de entrega efectiva del local, ya que las partes, por el imperio de su voluntad, señalan esta cantidad diaria como indemnización por los perjuicios causados a la Arrendadora por el retraso en no poder disponer del local comercial en la fecha comprometida. Esta indemnización no precisa ser acreditada en modo alguno por la Arrendadora, teniendo la firma de esta novación de contrato fuerza suficiente para obligar a ello".

4. La sentencia recurrida dedica su fundamento de derecho cuarto al análisis de la denunciada vulneración de los arts. 1152, 1154, 1255 y 1256 CC por haberse moderado por el juzgado dicha cláusula penal, pese a no concurrir en el caso un incumplimiento parcial o irregular, sino íntegro, dado que no se procedió a la entrega del local. La Audiencia cita cuatro sentencias de esta sala, siguiendo el orden en que las menciona, la 74/2018, de 14 de febrero, la 441/2018, de 12 de julio, la 530/2016, de 13 de septiembre, y la 61/2018, de 5 de febrero, y, finalmente, para justificar la aceptación del criterio moderador del juzgado y desestimar el recurso, anota el siguiente argumento: "En el presente caso, puesto que se trata de una renta mensual de 3.000€, el devengo de 500€ al día supone en un mes la cantidad de 15.000€, esto es cuadruplica, la renta pactada por la posesión del bien a nivel contractual, lo que lleva a apreciar que efectivamente existe una penalidad desproporcionada, y que la moderación de la juzgadora de instancia es justa, pues se atiende a las tesis expuestas en cuanto que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena, sobre el daño previsible, no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Lo que nos lleva a aceptar el criterio moderador del juzgador de instancia, desestimando este motivo".

El razonamiento de la Audiencia sobre la desproporción de la pena y la justicia de su moderación se fundamenta, por lo tanto, en las dos siguientes premisas: (i) dado que la pena mensual, atendida su cuantía diaria, cuadruplica el importe de la renta, se produce un exceso de la cuantía de la pena pactada sobre el daño previsible; (ii) dicho exceso no encuentra justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo (gravedad del incumplimiento) y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor.

5. De las sentencias que cita la Audiencia constituye referente principal la 530/2016 (seguida en sus líneas directrices por las demás), que fue dictada por el pleno de la sala y que glosa, de forma muy precisa, la doctrina jurisprudencial sobre la moderación de la pena convencional, que el pleno decide mantener en esta sentencia, pero acompañada, de ahí su significación, "[c]on dos consideraciones complementarias", que, además, como a continuación se verá, resultan determinantes en la resolución del presente recurso de casación.

La doctrina jurisprudencial en cuestión se expone en el fundamento de derecho segundo de la sentencia en el que se realizan (con cita, a su vez, de las sentencias 366/2015, de 18 de junio, 196/2015, de 17 de abril, 999/2011, de 17 de enero de 2012, 615/2012, de 23 de octubre, 688/2013, de 20 de noviembre y demás mencionadas por las tres primeras) las siguientes declaraciones:

a) El mandato del art. 1154 CC está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; por lo que, en los demás casos, la jurisprudencia, respetando la potencialidad creadora de los contratantes (art. 1255 CC) y el efecto vinculante de la "lex privata" (art 1091 CC): "pacta sunt servanda", rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento -total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación- que se hubiera producido.

b) La moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del art. 1154 CC no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido.

c) En relación, concretamente, con las cláusulas penales denominadas "moratorias": (i) el art. 1154 CC solo autoriza la moderación por los tribunales cuando la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y no cuando la penalidad se aplica directa y precisamente ante el supuesto que las partes



contemplaron al establecerla, como ocurre igualmente en el caso de las penalizaciones establecidas por razón de morosidad; (ii) el art. 1154 prevé la moderación con carácter imperativo para el caso de incumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria; y (iii) la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata.

d) En materia de moderación judicial de las penas convencionales, la norma del art. 1154 CC mantiene para nuestro Derecho un régimen claramente diferente, mucho más estricto, al que se ha impuesto en el Derecho comparado.

e) Por último, mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente art. 1154 CC permitiendo al juez modificar equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido, la sala debe mantener la jurisprudencia reseñada, sin permitir que quede desvirtuada, por ejemplo, por la aplicación a las cláusulas penales de la facultad de moderación por los Tribunales de la responsabilidad que proceda de negligencia que prevé el artículo 1103 in fine CC, tesis que ha sido rechazada por la sala expresamente.

6. Es claro, que la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina jurisprudencial anterior. Ahora bien, también procede que examinemos si su argumentación, no obstante lo anterior, puede considerarse ajustada con arreglo a las "consideraciones complementarias" con las que el pleno decidió acompañarla.

7. Las consideraciones en cuestión se consignan en el fundamento de derecho tercero de la sentencia mencionada.

7.1 La primera de ellas se realiza desde la perspectiva *ex ante*, propia del juicio de validez de las cláusulas penales, y se proyecta sobre las que tienen función coercitiva, sancionadora o punitiva, cuya posible estipulación es claro para la sala que está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el art. 1255 CC establece, por lo que pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público y no solo por su carácter "opresivo" o "usurario", sino también cuando el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor.

Pues bien, en relación con este último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, la sala expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez, al considerar evidente que ninguna relación tiene con lo dispuesto en el art. 1154 CC y, por lo tanto, que no puede oponerse a la doctrina jurisprudencial sobre en qué casos cabe, y en cuáles no, la moderación judicial de la pena que dicha norma contempla.

Se añade que, naturalmente, la carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva *ex ante* considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC).

7.2 La segunda consideración se realiza desde la perspectiva *ex post*, propia del juicio de aplicabilidad, y se proyecta sobre las cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios; y las que, teniendo también una función coercitiva o punitiva, no presenten el problema de validez aludido en la consideración primera.

En estos casos, se mantiene como doctrina que, para justificar la aplicación del art. 1154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*. Pero se considera, que sí parece compatible con dicho principio que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el art. 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal.

También se añade, en este caso, que, naturalmente, la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena (art. 217.3 LEC). Sin prueba bastante al menos para fundar una presunción judicial de que así ha ocurrido, no cabrá



invocar la "disponibilidad y facilidad probatoria" (art. 217.7 LEC) a fin de imponer o trasladar al acreedor la carga de acreditar la existencia y cuantía del daño efectivamente sufrido.

8. La argumentación de la sentencia recurrida tampoco se ajusta a las anteriores consideraciones.

Las premisas de su razonamiento (exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible que no encuentra justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla, en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor) se encuadran en el ámbito del juicio de validez de las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva. Pero ocurre que ni la cláusula penal litigiosa es de esas, puesto que se trata, como la propia Audiencia reconoce, a la luz de su tenor literal, de una cláusula penal con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios; ni el proceso ha tenido por objeto una posible acción de nulidad de la cláusula penal, salvo reducción judicial conservadora de su validez.

En un caso como el presente, el discurso justificador que pretende la moderación de la pena y el discurso razonador que persigue fundamentarla tendrían que articularse, para ajustarse a lo que hemos declarado al respecto, en el marco de la segunda consideración aludida tomando como objeto de su esfuerzo argumental el presupuesto que podría darle cobertura, aplicando por analogía el art. 1154 CC: que la diferencia entre la cuantía de la penalidad a pagar y la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el incumplimiento sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal.

Ni la parte recurrida ha planteado de esa forma su defensa. Ni la Audiencia ha seguido en la sentencia esa línea de argumentación.

En consecuencia, la sentencia recurrida incurre en la infracción denunciada y contraviene nuestra doctrina sobre la moderación de las cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, por lo que procede estimar el recurso, casarla, y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación para, a su vez, estimar íntegramente la demanda.

CUARTO. Costas y depósitos

1. Al estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal, no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).
2. Al estimarse el recurso de casación, no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).
3. Al estimarse el recurso de apelación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).
4. Al estimarse la demanda interpuesta, se condena a los demandados al pago de las costas de la primera instancia (art. 394.1 LEC).
5. Procede disponer la devolución de la totalidad de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8.ª, LOPJ.

FALLO

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

- 1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos, S.L.U. contra la sentencia dictada por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, el 20 de septiembre de 2018, en el recurso de apelación núm. 280/2018.
- 2.º- Estimar, igualmente, el recurso de casación interpuesto por la Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos, S.L.U contra dicha sentencia y modificarla en el siguiente sentido.
- 3.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Española de Transacciones, Explotaciones y Arrendamientos, S.L.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.



7 de Alcorcón, el 20 de noviembre de 2017, en el Juicio Verbal (Desahucio falta pago - 250.1.1) 515/2016 que revocamos en el único y siguiente sentido.

4.º- Dejar sin efecto los pronunciamientos de condena dineraria y sobre las costas y sustituirlos por los siguientes:

(i) Condenar a Barahona Importaciones y Eventos Musicales, S.L., a D. Imanol , a D. Evaristo y a D. Feliciano a pagar a la actora, de forma conjunta y solidaria, la cantidad que resulte de aplicar quinientos euros (500 €) diarios a cada uno de los días que transcurran desde el 1 de marzo de 2016 hasta el día en que la entrega del local arrendado se haga efectiva, deduciendo del importe resultante la cantidad de 6000 €, y todo ello, sin perjuicio de que, tras la efectiva entrega del bien, sea realizada la oportuna liquidación de los importes de las fianzas recibidas.

(ii) Condenar a Barahona Importaciones y Eventos Musicales, S.L., a D. Imanol , a D. Evaristo y a D. Feliciano , de forma conjunta y solidaria, al pago de las costas de la primera instancia.

5.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso de casación.

7.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso de apelación.

8.º- Disponer la devolución de la totalidad de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.