

EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARRENDATARIO, DE ROMA AL DERECHO VIGENTE

M.^a JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Planteamiento 2. Derecho romano. 3. Recepción del Derecho romano. 3.1. Glosadores y comentaristas. 3.2. Humanistas, *usus modernus pandectarum*, pandectistas. 3.3. Derecho histórico patrio 4. Etapa codificadora 5. Legislación especial de arrendamientos rústicos y urbanos. Situación actual. 5.1. Situación anterior a la LAU de 1994. 5.2. La LAU de 1994. 5.2.1. Arrendamientos de vivienda. 5.2.2. Arrendamientos para uso distinto de vivienda. 5.3. Otros arrendamientos. 6. Conclusiones

1. PLANTEAMIENTO

En un arrendamiento saltan a la vista los dos intereses encontrados en la relación contractual: el del arrendatario, en tener libertad para poder desistir del contrato en cualquier momento (por la aparición de alguna circunstancia con la que no contaba en el momento de celebración del contrato, pero que tampoco le darían en principio derecho, conforme a la legislación vigente en un momento histórico dado, a considerarlo resuelto) y el del arrendador, que, como consecuencia de un abandono intempestivo, ve frustradas sus expectativas de ganancia durante ese período, y que puede verse perjudicado por diferentes conceptos.

La casuística que puede plantearse, tanto hoy como en Roma, es variada, en función de que el contrato sea de duración determinada o indeterminada, de que se haya pactado o no cláusula penal o de que el ordenamiento jurídico conceda a una de las partes (o a las dos) un derecho de desistimiento unilateral¹, lo que ha ocurrido en

¹ La segunda acepción que del término «desistir» da el diccionario de la RAE es el de «abdicar o abandonar un derecho o una acción procesal». En el ámbito del Derecho de los contratos, «desistir» es sinónimo de extinguir una relación contractual por la voluntad de una parte (RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 73). Subraya esta autora que «desistir» no es incumplir el contrato, sino hacer uso de una facultad permitida por la ley o por una cláusula contractual, permitiendo abandonar y extinguir anticipadamente el contrato, debiendo únicamente observar un plazo de preaviso y, en ocasiones, indemnizar a la otra parte los per-

determinadas épocas. Así, por ejemplo, el Derecho romano admitió excepcionalmente el desistimiento unilateral en algunos supuestos², como en el caso del mandato, tanto por revocación del mandante³, como por renuncia del mandatario⁴, debiendo responder éste de los perjuicios que dicha renuncia ocasione a aquél si lo realiza intempestivamente, salvo que se ocasionen sin su culpa; en el contrato de sociedad⁵, en el que existía un deber de indemnización, exigible a través de la *actio pro socio*, en caso de que el socio desistiera de la sociedad en momento poco oportuno para los intereses sociales (D. 17,2,65,5, *Paul. l. XXXII ad Ed.*); o en los contratos innominados, en los que la parte que había ejecutado su prestación, si se arrepentía, podía oponer la *condictio causa data causa non secuta*⁶.

Las páginas que siguen se dedican al estudio de las diferentes soluciones que se han ido dando al problema del desistimiento unilateral del arrendatario efectuado antes del término de vencimiento del contrato, desde el Derecho romano hasta el momento presente. En la actualidad, el cierre de negocios motivado por la crisis económica ha provocado que abunden los supuestos litigiosos en la materia, aunque tras la reforma de la LAU en 2013, la mayoría de estos litigios se refieren a locales de negocio, pues para los arrendamientos de vivienda el arrendatario puede desistir libremente, transcurridos los seis primeros meses de contrato, con un preaviso de treinta días y con la posibilidad de tener que pagar una pena, si así se pactó, que no excederá de una mensualidad de renta por año pendiente hasta la expiración del plazo. El presente trabajo se centrará, fundamentalmente, en la *locatio conductio rei*, sin perjuicio de efectuar algunas referencias puntuales a las otras modalidades arrendaticias.

2. DERECHO ROMANO

Para entender la importancia del mercado arrendaticio en Roma, hay que tener en cuenta que, si bien en los primeros tiempos de su historia no serían muy habituales los arrendamientos de inmuebles⁷, a partir de las guerras púnicas comienzan

juicios ocasionados por el desistimiento, pero no del incumplimiento. Propone, en aras a la seguridad jurídica, la incorporación de un último apartado al 1.156 CC para incluir como causa de extinción «el desistimiento unilateral en los casos en que proceda» (pp. 381-382). KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 375 distingue entre desistimiento con justa causa y desistimiento *ad nutum*, definiendo este como un derecho potestativo, ejercitable extrajudicialmente por una o ambas partes contractuales sin necesidad de alegar justa causa, cuyo efecto es la extinción del contrato con eficacia –por regla general– *ex nunc*.

² ZIMMERMANN, R., *The law of obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 578, presenta estos supuestos, junto con algún otro, como una excepción al principio *pacta sunt servanda*.

³ *Gai. 3,159; D. 17.1.15, Paul. l. II ad Sab.*

⁴ *D. 17.1.22.11, Paul. l. XXXII ad. Ed.*

⁵ *D. 17,2,65,3 Paul. l. XXXII ad Ed.*

⁶ *D. 12, 4, 3, 2 (Ulp. l. XXVI ad Ed) Sed si tibi dederō, ut Stichum manumittas: si non facis, possum condicere, aut si me paeniteat, condicere possum.*

⁷ CUQ, E., *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2^e ed., LGLJ, Paris, 1928, p. 477 y voz «locatio», en DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, III-2, p. 1286, pues la mayor parte de la población tendría su domicilio sobre un terreno proporcionado por el Estado. Los arren-

a afluir hacia Roma un buen número de personas de diversa procedencia, apareciendo entonces el problema del alojamiento, que no haría sino agravarse en los siglos sucesivos. De la magnitud del número de arrendamientos puede darnos idea la relación existente en época de Constantino entre el número de casas particulares (*domus*) y de *insulae*, edificios normalmente destinados a ser arrendados, siendo la proporción en los catorce distritos de Roma, aproximadamente, de uno a treinta⁸.

La combinación de fuentes literarias, jurídicas y restos arqueológicos muestra que puede hablarse de diversos tipos de arrendamiento, combinados con la posibilidad de concertar ulteriores subarrendamientos, llegándose así a formar una red de arrendamientos escalonados⁹. Por otra parte, el arrendamiento se practicaba en ocasiones con un carácter casi empresarial, y así, un único *conductor* podía arrendar una *insula* por entero con la intención de subarrendar posteriormente los diversos apartamentos. De este modo, y dejando aparte la posibilidad de alquilar una casa residencial única (*domus*), dentro de los arrendamientos urbanos destinados a vivienda se puede distinguir entre los arrendamientos de *caenacula*, en favor de arrendatarios relativamente acomodados¹⁰, y de *deversoria*, que recaía sobre alojamientos humildes para transeúntes o personas con pocos recursos¹¹. Hay que tener en cuenta, finalmente, los arrendamientos de almacenes, o de espacios dentro de estos, sujetos a las respectivas *leges horreorum*. Por otro lado, estarían los arrendamientos de fundos, cuya importancia iría creciendo

damientos de cosas más antiguos serían los correspondientes a animales para los sacrificios, que ya aparecen reflejados en la Ley de las XII Tablas.

⁸ Cfr. DAREMBERG–SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, II-1, voz «*domus*», p. 356.

⁹ WOODWARD FRIER, B., «The Rental Market in Early Imperial Rome», *JRS* (67), 1977, pp. 34 y ss. Algunos pasajes del Digesto evidencian esta red de arrendamientos y subarrendamientos, por ejemplo D. 9,3,5, 1 (*Ulpianus, l. XXIII ad Ed.*) a propósito de la responsabilidad derivada del *effusum vel deiectum*. En el párrafo siguiente se refleja los distintos tipos de habitaciones que podían ser objeto de arrendamiento dentro de una misma vivienda: *cubiculo*, *exedra*, o *mediano* (parte común de la vivienda).

¹⁰ Quien hubiera tomado en arrendamiento un apartamento o *caenaculum* podía, a su vez, reservarse una o varias habitaciones subarrendando el resto, para ayudarse a pagar la renta. Estos arrendamientos solían tener una duración de uno o más años, en las que el pago se efectuaba por períodos vencidos (el período más corto que reflejan los textos es de seis meses). El riesgo que con ello asumía el arrendador, que normalmente se habría informado con carácter previo de la solvencia del arrendatario, se veía compensado con una renta más elevada. Existen vestigios de las dificultades de los inquilinos en pagar las rentas. Así, a finales de la República se registran varias iniciativas para condonar las rentas de un año a los inquilinos: *Rogatio Coelia de mercedibus habitationum annuis*, presentada por Coelio Rufo en el año 48 a.C. y *Rogatio Cornelia de mercedibus habitationum annuis et novis tabulis*, presentada por el tribuno P. Cornelio Dolabella al año siguiente, siguiendo el modelo de la de Coelio Rufo, pero sin llegar a ser aprobada por la intervención de Marco Antonio y la decisión del Senado a esperar el retorno de César (cfr. PAULY-WISSOWA, *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, t. XIII,1, voz «*locatio-conductio*», Alfred Druckenmüller, Stuttgart, 1960, p. 941 y ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, Georg Olms, 1966, pp. 417-418); SUETONIO informa que el emperador Tiberio retiró el latifundio a un senador cuando supo que se había ido a vivir al campo hacia las calendas de julio –fecha en la que daban inicio habitualmente los arrendamientos– para alquilar a un precio más bajo una casa en Roma pasada esta fecha (Suet. *Vita caes.*, Tiberio, 35.2); Marcial *Ep.*, 12, 32,3, se refiere al embargo de los bártulos de Vacerra por el alquiler de dos años, etc.

¹¹ El arrendamiento de *deversoria* se concertaba por períodos de duración cortos y las rentas no eran tan elevadas.

a medida que los propietarios perdieran la costumbre de vivir en ellos y de explotarlos directamente.

En el derecho clásico los contratos de arrendamiento podían concluirse con una duración determinada¹² o indeterminada¹³. Esta última posibilidad está clara al menos para los arrendamientos urbanos, según se desprende de D. 19, 2, 13, 11 *in fine*, (Ulp., l. XXXII *ad Ed.*) cuando, al hablar del plazo por el que se entiende producida la tácita reconducción, Ulpiano afirma que en los predios urbanos cada uno se obliga por el tiempo que los hubiere habitado, *si en la escritura no se consignó tiempo de arrendamiento*, lo que indica que la hipótesis contraria era admisible. También existía la posibilidad de concertar arrendamientos cuyo plazo de duración se hiciera depender de la voluntad exclusiva del *locator* (D. 19, 2, 4, Pomponius l. XVI *ad Sabinum*)¹⁴, figura que proliferará en época postclásica. Finalmente, era posible la conclusión de arrendamientos perpetuos, en los que no se podía expulsar al arrendatario ni a su heredero mientras siguieran pagando la renta¹⁵.

La doctrina mayoritaria coincide en afirmar que en los arrendamientos celebrados sin tiempo determinado tanto el arrendador como el arrendatario podrían desistir unilateralmente del contrato sin previo aviso¹⁶. El arrendatario, en consecuencia, sería

¹² Señala FUENTESSECA, M., «El colonus y el impuesto territorial», *RIDROM* (9), 2012, p. 32, que de la definición de colono contenida en D. 19,2,14 –Ulp. l. LXXI *ad ed.*– (*Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est...*) se sigue que el colonato se había de realizar, necesariamente, por tiempo determinado. La razón de que la predeterminación del tiempo de duración fuera un elemento clave –explica– se encuentra en que la observancia del plazo era imprescindible para asegurar los resultados del cultivo, y, por tanto, para la protección de los agricultores y de la economía agrícola. Conforme a la *lex conductionis* el arrendador se comprometía a respetar el tiempo de arriendo pactado, y a cambio, el pago de la renta se garantizaba con los aperos de labranza del colono, lográndose un pleno equilibrio en la relación arrendaticia.

¹³ Para algunos, como BATTAGLINI, M., «La risoluzione del contratto di locazione per necessità nel diritto romano e comune», *Studi Betti* (IV), Giuffrè ed., Milano, 1962, pp. 529, el arrendamiento urbano de duración indeterminada sería la situación más frecuente; para CUQ (*op. cit.*, voz «*locatio-conductio*», p. 1287) en cambio, el arrendamiento de casas se solía hacer por un año y el de fundos rústicos, por cinco.

¹⁴ D. 19,2,4 (Pomponius libro XVI *ad Sabinum*): *Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedissetve, vellet, morte eius qui locavit tollitur*. A juicio de MOLNAR, I., «Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella "locatio-conductio"», *LABEO* (32), 1986, p. 300, esta regla es aplicable tanto a los arrendamientos por tiempo determinado como indeterminado, la única diferencia radicaría en que en el primer caso el *locator* sería condenado al resarcimiento de daños. Pero no parece que tenga mucho sentido convenir que un contrato tenga una duración determinada para luego establecer que puede finalizar a voluntad del arrendador.

¹⁵ Gayo, 3,145; CJ., 4,65,10. JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, trad. Prieto Castro, ed. Labor, Barcelona– Madrid– Buenos Aires– Rio de Janeiro, 1937, p. 340, señalan que el ordenamiento protegía los derechos de estos arrendatarios como derechos reales. Explica AMIRANTE, L., *Ricerche in tema di locazione*, «BIDR», 62, 1959, p. 55, que en estos casos de *praedia municipium* sigue Gayo prefiriendo la calificación del contrato como de arrendamiento y no de compraventa al no llegarse a prescindir de la obligación del *conductor* de restituir el objeto del contrato (elemento clave, a su juicio, para distinguir ambos contratos, común, por otro lado, a los diferentes tipos de arrendamiento, lo que constituye un argumento en favor de la teoría de la unidad de la *locatio conductio*) sino que se subordinaba a la falta de pago de la *vectigal*. La figura no se aplicaba en derecho clásico a fundos pertenecientes a particulares, según GALLO, F. «*Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella «locatio» degli «agri vectigales»*», *SDHI* (30), 1964, p. 6.

¹⁶ JÖRS-KUNKEL, *loc. ult. cit.*, (donde se lee que no pueden aducirse al respecto textos de las fuentes,

libre de marchar cuando quisiera¹⁷. No obstante, la existencia de un interdicto especial, el interdicto *de migrando*¹⁸, concedido en favor del inquilino que, habiendo pagado el alquiler quisiera marcharse de la casa, para que no le retuvieran las prendas que hubiere dejado en garantía, refleja el hecho de que, en la práctica, ciertos *locatores* tratarían de impedir que su inquilino abandonase la casa arrendada. Por el contrario, cuando en el contrato se hubiere pactado una duración determinada, las partes no podrían poner fin a la relación contractual antes de tiempo, salvo que se diera uno de los justos motivos legalmente previstos.

No faltan, sin embargo, quienes sostienen teorías distintas. Por ejemplo, PEROZZI¹⁹ considera que al *locator* y *conductor* les asistía siempre el derecho a resolver anticipadamente el contrato, independientemente de que se hubiera estipulado o no la duración. La existencia de un término solo sería relevante para la pretensión de resarcimiento, que se daría solo cuando este se hubiere fijado, a menos que se hubiera verificado alguno de los casos legalmente previstos, en los que las partes pueden dar por resuelta la relación contractual sin tener que indemnizar (a instancias del *locator*: falta de pago de la renta durante dos años, daños en la cosa arrendada, necesidad de la misma para sí o para su familia; por parte del *conductor*: incapacidad del bien de servir al fin pactado en el contrato, etc.).

Otra postura singular es la de GALLO²⁰, para quien en la época clásica no puede

porque no existen, pero que en favor de esta tesis puede comprobarse –tal y como se ha señalado anteriormente en el texto– que en aquellos fragmentos que contemplan supuestos de resolución unilateral por el arrendatario se supone siempre un arrendamiento determinado); FERRINI, C. *Manuale di Pandette*, 4.^a ed., trad. Grosso, Società ed. Libreria, Milano, 1954, p. 539; BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, 4.^a ed., Milano, Giuffré ed., 1972, p. 503; KASER, *Das Römische Privatrecht*, p. 568; BURDESE, A., *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, Torino, 1964, p. 543; GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*, 12.^a ed., t. II, Jovene ed., Napoli, 2001, p. 907; VOCI, P. *Istituzioni di diritto romano*, 6.^a ed., Giuffré ed., Milano, 2004; p. 453 (si bien matiza que la rescisión unilateral es lícita se en el contrato no se estableció una duración cierta pero siempre con respeto a los usos en los arrendamientos urbanos y al tiempo de la agricultura, en los rústicos).

¹⁷ CUQ, *op. cit.*, p. 482 y 486, en este punto criticado por MITTEIS, L., «Textkritische Miscellen», ZSS (22), 1901, pp. 138-139 en base a D. 43,32,1,4 (*Ulpianus*, l. LXXIII *ad Edictum*) del que se desprendería, para quien lo leyera por primera vez, que el arrendamiento de un año no es obligatorio, salvo que el contrato previera lo contrario. Pero a su juicio existe una interpolación evidente, derivada de que Justiniano concedió a las partes un derecho de desistimiento dentro del año (CJ., 4,65, 34). CUQ objeta que en la constitución de Zenón –sobre la que se volverá más adelante– el derecho de desistimiento se confiere por un año, mientras que en el texto de Ulpiano el plazo puede ser diferente; además de que dicha constitución sólo fue aplicable a arrendamientos urbanos con posterioridad a Justiniano; finalmente sería inexplicable si la renuncia al derecho de desistimiento reconocido en la parte final de la constitución hubiera existido desde un primer momento (a lo que se opone MONNIER, *vid. infra*).

¹⁸ D. 43, 32, «*De migrando*». Señala CUQ, «*locatio*» ...*cit.*, p. 1.290, que el interés del arrendador era retener al colono, como refleja toda una serie de reglas o cláusulas utilizadas en las relaciones entre propietarios y colonos, que se explican por el deseo de los primeros de cambiar lo menos posible de colonos: la institución de la tácita reconducción, la posibilidad de concertar *conductio perpetua*, etc.

¹⁹ PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, II, 2.^a ed., Athenaeum, Roma, 1928, p. 295.

²⁰ GALLO, F., «Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione», *Syntheseia*, Arangio Ruiz, II, Ed. Juvene, Napoli, 1964, pp. 1198 y ss., y *Disciplina giuridica*...*cit.*, pp. 19-20, seguido parcialmente por MOLNAR, *op. cit.*, p. 300. Se aplicaría, en sustancia, a los inmuebles urbanos, una disciplina análoga a la establecida en el *Codice civile* de 1865 para el arrendamiento de apartamentos amueblados, en la cual el alquiler se entiende pactado a tanto por año, mes o día. También PETIT, E. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. Ferrández González, 12.^a ed., Ed. Porrúa, México, 1995, p. 403, considera que el arrenda-

hablarse de facultad de desistimiento unilateral, tanto si se ha pactado un plazo de duración del contrato como si no. En realidad, lo que considera erróneo es la suposición de que en los arrendamientos pudiese faltar cualquier determinación de la duración, lo que daría lugar a un contrato nulo por indeterminación de la prestación. El acuerdo sobre la *merces*, sin el cual no tendría lugar la locación, había de contener una referencia temporal. Si la duración del contrato no hubiese sido expresamente pactada por las partes, se habría de determinar interpretando conforme a la buena fe sus declaraciones, de modo que, si la renta se hubiera convenido, por ejemplo, por un tanto al mes, se debe entender conforme a la buena fe que las partes habían querido vincularse mes a mes hasta que uno de ellos, en una de esas cadencias mensuales, pidiera la cesación del contrato. Eso sí, reconoce que siempre sería posible una resolución unilateral por vía de hecho, no de derecho.

Cuando la *locatio conductio* se hubiere celebrado por tiempo determinado, el arrendatario carecía, pues, según el sentir mayoritario, de un derecho de desistimiento unilateral²¹, lo que no impedía que de hecho abandonase el inmueble antes del plazo pactado, al menos hasta la época del colonato, aunque si así lo hacía, debería indemnizar. Efectivamente, en los textos en los que en el Digesto se establece una obligación indemnizatoria por el arrendatario, el arrendamiento siempre es por tiempo fijo (D. 19, 2, 24, 2: *in quinquennium*; D. 19, 2, 55, 2: *contra legem locationem ...ante tempus*). Para el estudio del alcance de esta obligación indemnizatoria hay que partir de dos textos básicos, ambos de Paulo:

D. 19, 2, 24, 2 (Paulus libro XXXIV ad ed.) *Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere*²².

D. 19, 2, 55, 2 (Paulus l. II sent.) = P.S. 2, 18, 5. *Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto*²³ *conveniri potest, quatenus locatori in id quod eius interest indemnitas servetur.*

Según el primero de estos textos, el arrendatario que abandonase el fundo o la habitación antes del tiempo convenido (en este caso, un quinquenio) venía obligado a satis-

miento tiene necesariamente una duración limitada. FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 61-62 entiende esencial, en el caso del colonato, la predeterminación de la duración del contrato, pues prevaleciendo en la *locatio conductio* la idea de que el *locator* va a sacar una determinada rentabilidad del fundo, el pacto sobre la *merces* contendrá un acuerdo acerca de la total rentabilidad, y, por eso, el esencial pacto sobre el precio de la renta lleva implícito el pacto sobre la duración del contrato.

²¹ MITTEIS, *op. cit.*, p. 138-9, que alega como argumento irrefutable lo dispuesto en D. 43.32.1.4 (*Ulp. l. LXXIII ad. Ed.*) respecto al interdicto (*De migrando*); LONGO, «Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella «locatio-conductio» rei», *Studi Arangio Ruiz*, Jovene ed., Napoli, 1950, p. 389.

²² KEHOE, D. P., *Investment, profit and tenancy: the jurists and the Roman agrarian economy*, University of Michigan Press, 1997, p. 199, considera que este fragmento refleja que los arrendatarios solían invertir sus propios recursos en la viticultura. El énfasis que hace Paulo en el derecho del *locator* de demandar por no haber completado el *conductor* las obligaciones que había contraído, sugeriría que era frecuente la práctica de que arrendador y arrendatario cooperaran en este cultivo tras llegar a un acuerdo explícito

²³ ACCURSIUS, «Glosa in Digestum Vetus», *Corpus glossatorum juris civilis*, t. VII, Augusta Taurinorum, 1969, p. 292, señala que la referencia ha de entenderse hecha a la *actio ex locato*.

facier la renta por la totalidad del tiempo restante²⁴, lo que constituiría la regla indemnizatoria correspondiente al período clásico.

El segundo texto, sobre el que parece haber bastante consenso acerca de la interpolación del inciso final (*quatenus-servetur*)²⁵, en cambio, señala que objeto de la indemnización será el perjuicio efectivamente ocasionado al arrendador²⁶, el *id quod eius interest*, que constituirá, por ello, la regla indemnizatoria del derecho justiniano. Al analizar este fragmento, se ha destacado que no puede identificarse el interés del arrendatario con la pretensión de reclamar las rentas subsiguientes. Dicho interés puede ser inferior al importe de las rentas pendientes, por ejemplo, cuando el *locator* encuentre rápidamente un nuevo arrendatario con el que pacte unas condiciones similares a las que figuraban en el anterior contrato; pero en otros casos puede hacerse extensivo la pérdida de valor del fundo, derivada de la infracción del *conductor* de su deber de cultivo, que también puede hacerse efectiva a través de la *actio locati*²⁷. Efectivamente, en el caso de los arrendamientos rústicos, el *locator* no solo tiene un interés en recibir la renta o *merces*, sino también en que el fundo se siga cultivando, para que no disminuya su valor

²⁴ SOLAZZI, S., ha sostenido la interpolación de los fragmentos [*domus vel*], [*pensionibus*] y [*habitationem vel*] (cfr. MITTEIS-LEVY-RABEL, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, t. I, L'Ermá di Bretschneider, Weimar, 1929, p. 359), al igual que LONGO, *cit.*, p. 389 y MAYER-MALY, T., *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*. Wien-München, 1956, p. 137, para quien este texto y el siguiente (D. 19,2,24,3) en Paulo seguramente formaban una única frase, pues, por un lado, la alternatividad que aparece en el fragmento raramente suele ser clásica y, por otra, el núcleo del texto se refiere a un deber de cultivo y su sanción a través de la posibilidad de una *actio locato* antes del transcurso del lustro, lo que solo se puede aplicar en el arrendamiento de fundos rústicos. De ser cierta la interpolación, cabría interpretar que la norma habría sido de aplicación, en un principio, solo a los arrendamientos rústicos, pues la palabra *domus* suele emplearse en el contexto urbano (STOREY, G.R., «The meaning of insula in Roman Residential terminology», *Memoirs of the American Academy in Rome* (49), 2005, pp. 49-50). La autenticidad del texto ha sido defendida por NARDI, E., *Case «infestate da spiriti» e Diritto romano e moderno*, Giuffrè ed., Milano, 1960, pp. 63-64, n. 43, quien entiende que el peligro de permanecer deshabitada se da también en las casas, que si el *conductor* se lleva sus muebles se pierde la garantía existente, y que por tanto no es absurdo un *statim agere* también frente a un inquilino.

²⁵ EISELE, «Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationem», *ZSS*, 1890, p. 21; BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto Romano*, 10.^a ed., Giappichelli ed., Torino, 1966, p. 491, nota 2; LONGO, G., «Sulla disciplina giustiniana della locatio-conductio», *Studi Biondi*, t. II, Giuffrè ed., Milano, 1965, p. 306, donde reconoce que en un trabajo previo había sido demasiado conservador al interpretar este inciso como original: «Sul regime...», *cit.*, p. 389. Como ejemplo de análogas restricciones equitativas y coherentes con la justicia del caso singular dispuestas por los compiladores cita D. 19,2,27,1 (Alf., l. II Dig.). Cfr. *Index Interpolationum*, *cit.*, p. 366.

²⁶ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.^a ed., Jovene ed., Napoli, 1968, p. 349; LONGO, «Sul regime...», *cit.*, p. 389. Para GLÜCK, F. *Commentario alle Pandette*, t. XIX, trad. Greco, Leonardo Vallardi ed., 1891, p. 233, n. 23, todo se reduce a que el arrendador solo debe ser resarcido en la medida que pueda demostrar un daño causado por el hecho del *conductor*.

²⁷ Cfr. MEDICUS, D. *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Bohlau Verlag, Köln-Graz, 1962, p. 182; HONSELL, H., *Quod interest im bonae-fidei iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1969, p. 142. El interés del cultivo se contempla en otros fragmentos, por ejemplo, en PS. 2,18,2: *Fundi deterioris facti et culturae non exercitatae et aediviorum non refectorum culpa artibro iudicis domino a conductore sanciri potest*. AZONIS, *Summa super Codicem*, Venetiis, 1584, p. 455, considera una obligación primordial del colono realizar las labores del campo en su debido tiempo, para que los cultivos intempestivos no deterioren el fundo: *Ecce enim conductor omnia debet facere secundum legem conductiionis, & ante omnia debet curare, vt opera rustica suo quoque tepore faciat, ne intempestiua cultura deteriore fundum faceret*.

productivo²⁸. Según MAYER-MALY, tal deber deriva de la obligación general de cuidado *ex fide bona*, aunque luego, para reforzarlo, se recurriera a la *lex locationis*²⁹. El tema ha sido abordado por Paulo en D. 19, 2, 55, 2, antes transcrito³⁰.

Por otro lado, dentro del perjuicio causado al arrendador se ha de incluir la diferencia entre el importe de la renta anteriormente satisfecha por el arrendatario y la de menor importe que satisface el nuevo inquilino³¹. Sin embargo, si el arrendador logra un alquiler superior, no debe por ello entregarle la diferencia a su primer inquilino:

D. 19.2.51.pr (Iavolenus libro XI ep.) *Ea lege fundum locavi, ut, si non ex lege coleretur, relocare eum mihi liceret et quo minoris locassem, hoc mihi praestaretur, nec convenit, ut, si pluris locassem, hoc tibi praestaretur, et cum nemo fundum colebat, pluris tamen locavi: quaero, an hoc ipsum praestare debeam. Respondit: in huiusmodi obligationibus id maxime spectare debemus, quod inter utramque partem convenit: videtur autem in hac specie id silentio convenisse, ne quid praestaretur, si ampliore pecunia fundus esset locatus, id est ut haec conventio pro locatore tantummodo interponeretur.*

En la práctica debía de ser frecuente la inserción de cláusulas penales con el fin de que fuese respetada la duración del arrendamiento estipulada en el contrato, tanto a favor del *conductor* como del *locator*³². En favor del primero, se trataría de evitar que fuera expul-

²⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., «*Deductio mercedis*, forma alternativa de «garantía» del *conductor*», RIDA (53), 2006, p. 157. Añade que la obligación del *conductor* de respetar el término establecido queda expresamente reflejada en la práctica en el modelo de formulario utilizado en los contratos que aparecen en los documentos greco egipcios.

²⁹ MAYER-MALY, *op. cit.*, pp. 177 y 181.

³⁰ Explica FUENTESECA, *op. cit.*, p. 45 y ss., que Paulo se refiere aquí a la contravención de la *lex conductionis*, pactada entre el colono y el *dominus fundi*, que tiene lugar aquí por el abandono anticipado del fundo arrendado. En virtud de tal pacto, el *dominus* podía perseguir los bienes del colono en cuanto saliera del fundo. Al convertirse el contrato en consensual y desvincularse la de la constitución de un derecho real de garantía, que se hace mediante acuerdo específico (*conventio pignoris*), se ha de reconocer al *locator* la acción *ex conducto* para exigir la reparación de los daños causados por el abandono anticipado del fundo, pues el plazo de duración del contrato formaba parte de la *lex conductionis*, siendo de obligado cumplimiento para ambas partes.

³¹ Situación comparable, *mutatis mutandis*, a la que se produce hoy en día en algunos préstamos con interés fijo y plazo cierto en los que se inserta la llamada *cláusula de compensación por riesgo de tipo de interés* (regulada en el artículo 9 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre) respecto a la pérdida que sufre una entidad bancaria por el desistimiento unilateral del contrato. Es decir, aunque no se establece comisión por la cancelación anticipada, el prestatario debe compensar en caso de que el banco acredite pérdida de capital, demostrando que, al volver a prestar ese dinero, va a recibir un interés menor. El cálculo de la compensación por riesgo puede hacerse bien sobre un porcentaje fijo establecido en el contrato o bien mediante la pérdida que la cancelación genere a la entidad, calculada conforme a lo preceptuado en la ley. Será altamente improbable que la entidad opte por esta segunda modalidad, toda vez que el inciso final del citado precepto señala que «en este caso, el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para la entidad» (ya hemos visto, como para el caso del arrendador que lograra un alquiler superior, en cambio, Javoleno sentaba el principio de que no por ello tendría que abonar la diferencia al anterior arrendatario).

³² Observa BERGER, A., *Die Strafklauseln in den Papyrsurkunden*, Scientia Verlag, Aalen, 1965 (ed. facsimilar de la de 1911), p. 150, cómo en el contrato de arrendamiento, a diferencia del de compraventa, suelen insertarse cláusulas penales en favor de las dos partes, debido, fundamentalmente a que hay un mayor número de obligaciones cuyo cumplimiento se presta a ser garantizado mediante estas cláusulas.

sado del fundo antes del tiempo pactado, cuestión de gran importancia, habida cuenta de que el arrendatario es un mero detentador, por lo que su expulsión del fundo solo generaría un derecho a ser indemnizado, no a ser repuesto en la posesión del bien³³. En favor del segundo, se pactaría que, en caso de abandono intempestivo, el conductor se viese obligado a abonar la correspondiente pena. Un ejemplo de ambas cláusulas se encuentra en D. 19,2,54,1 (*Paulus, l. IV Responsorum*)³⁴ y en C.J. 4,65,15, solo en favor del *conductor*.

Cabría preguntarse si en los casos en los que el *id quod interest* correspondiente a la parte perjudicada, y en cuyo favor se establecía la pena, fuera mayor a la cantidad pactada, se podría reclamar por la diferencia (por ejemplo, si el arrendatario al que se refiere D. 19,2,54,1, esto es, que ha prometido pagar diez si se marcha antes del tiempo estipulado, ocasiona, con su retirada intempestiva, unos daños muy superiores a esta cantidad en el fundo arrendado). En general suele darse a esta cuestión una respuesta afirmativa³⁵. También habría que plantearse si, en el mencionado supuesto, el arrendatario tendría derecho a oponer la *exceptio doli* al arrendador en caso de marcharse antes del tiempo pactado, pero obedeciendo a una justa causa (por ejemplo, si el fundo deja de ser apto para servir al fin estipulado) y este último pretende reclamar la *poena*. El caso no está expresamente contemplado en el Digesto, pero sí su contrario (*locator* que, tras haber pactado que no expulsaría al *conductor* durante un periodo de tiempo determinado, finalmente lo expulsa por no haber pagado la renta durante dos años), por lo

sulas. Sin embargo, a partir del período bizantino, las multas penitenciales amenazan únicamente al *conductor* (*ibid.*, p. 163)

³³ KASER, cit., p. 567; MOLNAR, cit., p. 301. En este sentido se expresaba ya AZONIS, «Lectura super codicem», *Corpus Glossatorum iuris civilis*, t. III, Augustae Tarionorum, p. 361, al decir que, si el *conductor* no era expulsado por una justa causa, no se le concedía el interdicto *unde vi*, sino que puede ejercitar *ex locato*.

³⁴ D. 19, 2, 54, 1 (*Paulus, l. IV Responsorum*) *Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitatus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. Quaero, cum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.*

³⁵ Así, TALAMANCA, «Pena privada», ED, XXXII, p. 718, quien considera que los juristas clásicos tardíos no tenían inconveniente en admitir esta posibilidad, trayendo a colación lo señalado por Juliano en D. 19,1,28 (l. III *ad Urseium Ferozem*), cuando afirma que, si por la *actio ex stipulato* se hubiese conseguido la pena, no se podrá ejercitar la acción de venta sino por lo que de más le hubiere importado que se hiciera aquello (*nisi in id quod plurius eius interfuerit*); criterio que queda confirmado, según SCOGNAMILIO, M. «Profili ricostruttivi della stipulatio poenae nell'esperienza giuridica romana», *TSDP* (V), 2012, p. 24, por dos textos de Ulpiano, recogidos en D. 17,2, 41 (*Ulp. l. XX ad Ed.*) y 42 (*Ulp. l. XLV ad Sab.*) que afirman que, si hay una cláusula penal que garantiza el contrato de sociedad, y el socio ha conseguido a través de la *actio ex stipulato* el equivalente al *id quod interest*, no puede interponer luego la *actio pro socio*, de donde se sigue que, si ha obtenido menos, podría plantear esta última acción por la diferencia. Entiende que el concurso de acciones en este caso solo es aparentemente alternativo, en el caso de equivalencia entre la cláusula penal y el *id quod interest*, pero cumulativo, si esto no sucede, aunque con el límite de que el acreedor no podrá obtener más del importe mayor entre la cláusula penal y el *id quod interest*. También admiten la reclamación por el interés que exceda de la pena DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid, 1992, p. 97, en base a los citados textos del Digesto, que considera interpolados.

que parece que habría que darle la misma solución: pese a que se ha incurrido en la pena según el *ius civile*, se ha de conceder la *exceptio doli*, puesto que ha de entenderse implícito en el pacto que la pena estaba establecida solo para el caso de que la otra parte hubiera cumplido sus obligaciones³⁶.

El Derecho postclásico refleja algunos cambios operados en la sociedad y en la forma de explotación agraria. Por una parte, el *locator* asume cada vez más el papel de parte fuerte en el contrato, hasta el punto de que insignes romanistas llegan a hablar de actos de sumisión o sometimiento al poder del propietario³⁷. Ello explica, por ejemplo, la proliferación de arrendamientos cuyo plazo de duración se hace depender de la voluntad exclusiva del *locator*³⁸. Surge con ello la pregunta de si en este tipo de arrendamientos el *conductor*, por su parte, puede también poner fin al arrendamiento a su voluntad³⁹. Además, aparece la figura del colono vinculado a la tierra que cultiva, que deja de ser un hombre libre⁴⁰. Por otra parte, queda ya configurada definitivamente la enfiteusis, que sustituye a la *locatio in perpetuum*. Los arrendamientos propiamente dichos, en cambio, suelen pactarse por un tiempo determinado⁴¹.

³⁶ Aceptan con carácter general la *exceptio doli*, para los supuestos en que es el acreedor quien con su conducta ha provocado que se incurriera en la pena (poniendo como ejemplo, precisamente el fragmento que nos ocupa), VOGL, P., «La responsabilità del debitore da “*stipulatio poenae*”», *Studi Volterra* (III), Giuffrè ed., Milano, 1971, p. 355; DÁVILA, *op. cit.*, pp. 100 y 107. KNÜTEL, R., *Stipulatio poenae*, Böhlau Verlag, Köln-Wien, 1976, pp. 250 y ss., considera que Paulo en este *responsum* no demuestra una postura muy clara, dejando planteada la cuestión de porqué en este caso Paulo no niega que el arrendador haya incurrido en la pena también según el derecho civil.

³⁷ ARANGIO-RUIZ, V., «Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum, in una pergamena di provenienza egiziana», *AG* (153), 1957, p. 158, y LEVY, al que cita. BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 531 recuerda que en el periodo imperial tardío el propietario de fundos no pertenece a la pequeña burguesía sino a la que denomina burguesía rica y «capitalista», cuyo poder económico arranca de los primeros siglos del imperio, en los cuales el fenómeno del urbanismo y del aumento de la población produjo una fortísima crisis de alojamiento.

³⁸ BERGER, A., «Wohnungsmiete und Verwandtes in der gräko-ägyptischen Papyri», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (29), 1913, pp. 370-371, constata en su estudio sobre los arrendamientos de inmuebles realizados en la provincia romana de Egipto un importante incremento de esta cláusula en los arrendamientos de vivienda a partir de la mitad del siglo V, que también constituye la regla de los arrendamientos de fundos del periodo tardo-bizantino. En igual sentido, TAUBENSCHLAG, R., *The Law of Graeco-roman Egypt in the light of the papyri* (332 B.C.-640 A.D.), 2nd ed., Cisalpino-Goliardica, Milano, 1972, p. 362.

³⁹ BERGER, *op. cit.*, pp. 372-3 y 403-4. Si en el caso de los arrendamientos de fundos entiende que la dependencia del colono hacia el *locator* era tan grande que le impediría marchar del fundo contra la voluntad del patrono, en el caso de los urbanos, por el contrario, encuentra un documento testimonio la posibilidad de que también el conductor pudiera resolver el contrato a su arbitrio. Se trata, concretamente, del BGU I, 3, del 605 d.C., en el que el matarife de cerdos Aurelios Kyrikos, arrienda un piso y realiza unas obras a su costa. En el documento se prevé que si es expulsado del piso (recuerda Berger que en esta época la regla era que la duración del contrato se hacía depender de la voluntad del arrendador) el arrendatario recibirá una indemnización por tales obras, pero que, *si se quiere mudar voluntariamente*, entonces no recibirá compensación alguna.

⁴⁰ Sobre las diferentes acepciones del término «colono» en las fuentes romanas, cfr. FUENTESECA, *op. cit.*, p. 29, quien recuerda que, mientras para los juristas clásicos el colono era un hombre libre que toma en arrendamiento un fundo para su cultivo por un tiempo determinado, en las constituciones bajo imperiales aparece inamoviblemente vinculado al fundo que cultiva, como un siervo de la tierra, dejando de ser un hombre libre.

⁴¹ Por ello, señala BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 529, se hace necesario sustituir la facultad de desistimiento por la de resolución unilateral, sea de parte del arrendador o del arrendatario. El problema, a su juicio, no era tan acuciante en el derecho clásico, al pactarse la mayoría de los arrendamientos por tiempo indeterminado.

La tendencia a buscar un cierto equilibrio contractual mediante la protección al *conductor* explicaría algunas modificaciones jurídicas que tienen lugar en esta época⁴². Por un lado, se introducen una serie de limitaciones a la facultad de resolver el contrato unilateralmente por parte del *locator*, que debe probar la existencia de una justa causa tasada en la ley: necesidad de reparación, mal uso del bien objeto del contrato, por parte del arrendatario, o necesidad de la cosa para uso propio (CJ., 4,65,3)⁴³.

Por otro lado, el régimen clásico de extinción del contrato de arrendamiento resulta claramente alterado en el derecho postclásico, al introducirse la facultad, tanto para el *locator* como para el *conductor*, de rescindir libremente el contrato dentro del primer año, así en Italia como en las provincias, sin tener que pagar pena por transgresión contractual, a no ser en el momento de su celebración hubieren prescindido especialmente de este pacto, o renunciado a él sin escritura. Este derecho de arrepentimiento (*ius poenitendi*) fue introducido por medio de una constitución atribuida ya por CUIACIO al emperador Zenón⁴⁴, (CJ. 4,65,34) que se corresponde con el texto de Bas. 20,1,95, no reproducida en el *Corpus Iuris Civilis* hasta las ediciones de finales del siglo XVI, y directamente calificada por algunos de «misteriosa»⁴⁵:

*Utrique permittit constitutio, tam locatori, quam conductor, intra annum locationem solvere, et in Italia, et in omnibus provinciis, nec incidere in poenam ex transgressione, nisi initio contractus eiusmodi pacto renuntiaverint, vel sine scriptis recesserint*⁴⁶.

CUIACIO⁴⁷ sitúa sistemáticamente el estudio de esta constitución en el capítulo relativo al edicto edilicio aplicable a los arrendamientos. Se pregunta por qué razón quien hubiera alquilado una casa durante cinco años no podría ejercitar la acción redhibitoria, si dentro del primer año detecta que la casa es pestilente, insalubre o insana, y concluye que este es el sentido de la constitución de Zenón, cuando permite desistir dentro del año, salvo que se hubiere convenido otra cosa. Respecto al *locator*, señala que después del contrato puede ocurrir no solo que el *conductor* abuse del predio arrendado o no

⁴² Afirma MONNIER, H., «Meditation sur la constitution «Utrique» et le jus poenitendi», *Nouv. Rev. Hist. de droit français et étranger* (24), 1900, p. 171, que todos los contratos cuya naturaleza les hacía susceptibles de sufrir la avidez y tiranía de los poderosos, son más o menos dislocados. Recuerda que en CJ. 11,54,1 se mencionan, a estos efectos, la donación, la venta, el *arrendamiento* y cualesquiera otros contratos. Considera el autor como particularmente susceptibles de lesionar a los *humiliores* los contratos que entrañan la obligación de entregar una cosa fungible: *stipulatio credendi causa*, *mutuo*, *locatio conductio irregularis*.

⁴³ BATTAGLINI, op. cit., p. 531; LONGO, *Sul regime...*, p. 396-7, quien sugiere que tal medida pudo haber sido preparada por la introducción de un *ius poenitendi* por Zenón.

⁴⁴ Sobre el idioma original de la constitución «Utrique» y su fecha, cfr. MONNIER, op. cit., pp. 44-49 y 49-55. En resumen, este jurista considera que el texto original estaba en griego, y data la constitución entre los años 489 y 491. No toda la doctrina, sin embargo, es unánime a la hora de atribuir a Zenón la autoría de la constitución. Por ejemplo, FEHL, J., *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, t. IV, Otto Zellner, Ösnabrück, 1966, ed. facsimilar de la de 1627, p. 1099, entiende que la constitución puede ser atribuida tanto a Zenón como a Anastasio.

⁴⁵ VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986, p. 519, n. 164. GERSTINGER encuentra un ejemplo de aplicación de esta constitución en el Egipto bizantino, concretamente en un contrato de arrendamiento fechado hacia el año 600 (*IURA* (5), 1954, p. 652)

⁴⁶ Según la edición FABROT–HEIMBACH, *Basilicorum libri IX*, vol. II, Lipsiae, 1840, p. 375.

⁴⁷ CUJACII, J., *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem*, in tomos XIII. distributa, t. I, Prati, 1836, p. 564.

cultive el fundo (D. 19, 2, 54; C.4, 65, 3), sino que tenga costumbres escandalosas, o que sea difícil tratar con él.

En contra de la interpretación del humanista francés se podría alegar la falta de coincidencia entre el plazo de desistimiento de un año de la constitución de Zenón y el de ejercicio de la acción redhibitoria, que se reduce a seis meses, aunque sí coincidiría con el de la *actio quanti minoris* (D. 21,1,19,6, *Ulp. l. I. ad ed. aed. cur.*⁴⁸). Además, cuando el edicto de los ediles curules resulta de aplicación a otro contrato, los juristas se encargan de señalarlo expresamente, como hace Ulpiano respecto a la permuta (D. 21, 1, 19, 5, *Ulp. l. I. ad ed. aed. cur.*) mientras que, en el caso del arrendamiento, se hace justamente todo lo contrario, afirmándose que el edicto no se aplicaba a los arrendamientos, bien porque los ediles nunca tuvieron jurisdicción sobre los mismos, bien porque estos no se hacían de la misma forma que las ventas (D. 21,1,63,1, *Ulpianus, l. I. ad ed. aed. cur.*)⁴⁹. Por otra parte, la constitución no exige causa alguna para el desistimiento, cosa que sí sucede en el caso de los vicios redhibitorios de la compraventa. En todo caso, el supuesto se asemejaría más, *mutatis mutandis*, al que se produce en una compraventa a prueba (*pactum displicentiae*), donde la cosa puede ser rechazada pese a no tener vicios redhibitorios⁵⁰. Habría que añadir que no parece posible entender que constituyan vicios redhibitorios la mala reputación del *conductor* o el hecho de que sea difícil tratar con él. Y, por último, y quizá fundamental, no parece que fuera necesario la introducción de un derecho de desistimiento dentro del año si la cosa presenta defectos que la hacen inservible para el uso pactado, toda vez que si el *locator* debe prestar el libre disfrute de la cosa (*frui licere*) al *conductor*, este ya contaría con la *actio ex conducto* para reclamar⁵¹.

Una segunda teoría sobre la finalidad de esta disposición corresponde a ZACARÍAS VON LIGENTHAL, para quien se trataría de contrarrestar la constitución de Anastasio por la que se convierte en colono por la prescripción de treinta años (CJ., 11,48,19). Aparte de los problemas sobre la datación de ambas constituciones, se ha señalado certeramente

⁴⁸ D., 21,1,19,6 (*Ulp. l. I. ad ed. aedilium curulium*). *Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est.*

⁴⁹ Así lo recuerda CAROCCIO V., *Tractatus locati et conducti*, Venetiis, 1604, p. 269, siguiendo a Baldo, cuando rechaza la aplicación de las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* al arrendamiento *ad modicum tempus*; si bien las considera aplicables por vía útil a la llamada *locatio ad longum tempus* (instituto que atribuía al arrendatario tanto la *possessio* como el dominio útil; sobre esta figura, *vid.* GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus: locazione e rapporti di godimento nella problematica del diritto comune*, Morano, Napoli, 1963)

⁵⁰ RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *De la noción de contrato al Pactum Displicentiae en Derecho romano*, Universidad de Oviedo, 1998, p. 191: «La inicial previsión del *pactum displicentiae* en el edicto curul tampoco debe hacernos caer en la confusión entre ambos regímenes. Un tema es la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos y otro la obligación del vendedor de aceptar la cosa cuando no resulte del agrado del comprador en virtud del *pactum*. De una parte, existe la comprobación de vicios redhibitorios, que merman o hacen imposible el uso para el que es destinada la cosa, y de otra, la verificación de las cualidades de la cosa que convencen al comprador para adquirirla. Sustancialmente la cosa puede no tener vicios y ser rechazada por carecer de las cualidades específicas que determinaron el negocio y cuya presencia es necesaria para la eficacia de la venta».

⁵¹ La construcción de CUIACIO ha sido citicada por COSTA, E., *La locazione di cose nel Diritto romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1966, p. 100, y, más incisivamente, por MONNIER (*op. cit.*, p. 57) quien afirma, en conclusión, que *un grand juriste peut, comme le bon Homère, sommeiller quelquefois*.

cómo es difícil que el deseo de evitar esta prescripción fuera la verdadera finalidad de esta norma: al campesino le bastaría con arrendar por un periodo inferior, no siendo necesario que transcurriera un año para darse cuenta de las consecuencias de la constitución de Anastasio⁵².

Quien ha estudiado esta disposición con más detenimiento ha sido, sin duda alguna, MONNIER⁵³, cuyas conclusiones siguen siendo comúnmente aceptadas⁵⁴. Afirmar este autor que no se puede entender el derecho de resolución dentro del año introducido por esta constitución y que, aparentemente, disloca el contrato de arrendamiento, sino dentro del marco de medidas, introducidas por la legislación imperial para la protección de los *humiliores* en sus tratos con los *potentiores*⁵⁵.

Comienza explicando el jurista francés cómo el arrendamiento podía ser fuente de abusos por parte de los poderosos⁵⁶, en posición de imponer a los pequeños propietarios de terrenos particularmente productivos o bien situados la celebración de arrendamientos; posteriormente, mediante la imposición de renovaciones forzosas acabarían convirtiéndose en cuasi propietarios. Inversamente, ante la existencia de numerosos *agri deserti* y dada la imposibilidad de explotar directamente sus tierras, también podrían obligar a un campesino a tomar en arrendamiento un fundo en condiciones enormemente favorables al *potentior*.

Al establecer el *ius poenitendi* dentro del año, en principio, solo en relación a los fundos rústicos⁵⁷, el legislador presumiría que en ese período podría el campesino (tanto si le correspondía el papel de arrendador como el de arrendatario) recuperar su liber-

⁵² Cfr. MONNIER, *op. cit.*, pp. 58-60.

⁵³ MONNIER, *op. cit.*, p. 37 y ss.

⁵⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 100; CUQ, *op. cit.*, p. 483; BIONDI, *op. cit.*, p. 503; GALLO, *Sulla presunta ... cit.*, p. 1.206, n. 26; BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 526; MONIER, R., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, t. II, 4^{ème} ed., ed. Domat-Montchrestien, 1948, p. 173.

⁵⁵ Entre tales medidas cita la creación de la *exceptio non numeratae pecuniae*, que ordenaba al juez no tener en cuenta el documento hasta pasado un lapso de tiempo (p. 173); los cambios introducidos por Constantino en la prueba de la acción reivindicatoria, en el sentido de que el poderoso era quien debía demostrar la procedencia del bien litigioso y el título jurídico con el que la detentaba (C.Th., 11,39,1); la exigencia de forma escrita *ad probationem* en la donación; la autorización de la rescisión por lesión en la compraventa por Diocleciano y Maximiano (observa MONNIER que el juez no debe entrar a examinar si hubo o no dolo, sino un dato objetivo: si el precio de venta ha sido o no inferior a la mitad de su justo precio, cfr. CJ., 4,44,8) y otras medidas en la enfiteusis y en los contratos inno-

⁵⁶ Otros contratos a su juicio especialmente susceptibles de causar abusos serían todos aquellos que entrañaran la obligación de entregar una cosa fungible: la *stipulatio credendi causa*, el mutuo y la *locatio conductio irregularis*. De acuerdo con MONNIER, *op. cit.*, p. 195, la norma de la CJ. 4,65,34 no sería aplicable a la enfiteusis, vista como un contrato benefactor, habida cuenta del interés público en el cultivo de terrenos incultos, y siendo, por tanto, deseable que la enfiteusis gozara de una mayor estabilidad que el arrendamiento. Si llegó a existir alguna confusión entre los prácticos bizantinos a partir del siglo XI, la cuestión carecería en ese momento ya de importancia, pues desde hacía mucho tiempo ya estaba permitida la renuncia al *ius poenitendi*.

⁵⁷ MONNIER, *op. cit.*, p. 294 y ss. Justifica esta conclusión porque sería en el campo donde los abusos de los poderosos serían más notables, mientras que en la capital del Imperio el recurso al emperador sería más sencillo. Además, a su juicio, los arrendamientos urbanos tanto en Roma como en Bizancio se harían, normalmente, sin tiempo determinado, aunque esta situación cambia a partir del siglo IX, entrando en juego el derecho de desistimiento dentro del año también respecto a fundos urbanos, como confirma mediante el estudio de formularios notariales y manuales de época posterior.

tad de hecho. Como se trataba de un derecho libremente ejercitable por cualquiera de las partes, sin que fuera exigible la concurrencia de justa causa alguna, los jueces no se verían en el compromiso de tener que sentenciar que en un caso concreto había existido dolo, intimidación, etc., por parte de un poderoso; simplemente tendrían que constatar la celebración del contrato. Ahora bien, habría que preguntarse si, dada la situación socio económica del Bajo Imperio, era posible *de facto* esa recuperación de la libertad por la parte débil del contrato, y, por tanto, sobre la eficacia real de la medida imperial.

Por último, MONNIER se plantea el problema de la introducción, en la propia constitución, de la posibilidad de renuncia al derecho de desistimiento, concluyendo que tal posibilidad no existía en la redacción original de la ley 34, sino que fue añadida en época posterior, al no ser concebible que un legislador dicte una regla y al mismo tiempo la forma de violarla. Además, demuestra cómo, en el texto más antiguo del que queda constancia de la constitución que nos ocupa, el *Dictatum de consiliariis*, no se dice efectivamente nada de tal derecho de renuncia⁵⁸, que no aparece mencionado hasta la *Ecloga legum Leonis et Constantini*, del siglo VIII⁵⁹, momento a partir del cual se suele incluir una renuncia al *ius poenitendi* en todos los contratos de arrendamiento, por lo que con el tiempo, concluye, la renuncia a la facultad de desistimiento acaba por convertirse en una cláusula de estilo.

Para finalizar el estudio del Derecho romano, habría que referirse, siquiera brevemente, otras modalidades de arrendamiento. De este modo, según D. 19, 2, 38, pr. (*Paul. l. sing. Reg.*)⁶⁰ cuando no sea culpa del trabajador el no haber realizado los servicios, debe recibir la pensiones de todo el tiempo⁶¹, salvo que el *conductor* haya alquilado nuevamente sus servicios dentro del año, según el rescripto de Antonino Caracalla y Septimio Severo al que se refiere Ulpiano en D. 19, 2, 19, 9 (*l. XXXII ad Ed.*)⁶². Una constitución de Diocleciano y Maximiano, fechada en el 293 d.C. (C.J. 4,

⁵⁸ La obra estaba destinada a asesores prácticos o incluso a la enseñanza (MONNIER, cit., p. 285). En su número 26 se lee: *De emphyteusi autem et de conductionibus inuenies lib(ri) IV Cod(icis) ultimum et penultimum [C] 4.65-66]. In his autem titulis non praetermittas illam pulcherrimam legem [C] 4.65.34], qua cauetur licere intra annum sine poena a contractu conductionis recedere*. La noticia sobre esta anotación, según informa CUIACII, *op. cit.*, p. 565, le llega a través de PETRUS PITHOEUS, *homo numquam laudatus satis*. Se ha destacado cómo al redactor del *Dictatum* le ha llamado la atención el derecho de desistimiento introducido por esta ley, que no duda en calificar de «bellísima».

⁵⁹ A juicio de MONNIER, *op. cit.*, p. 206, probablemente León Isaurico y su hijo Constantino pensasen que bajo su firme gobierno el abuso que hizo necesaria la ley ya no se produciría, por lo que se permitiría renunciar a la facultad de desistimiento. Posteriormente la dinastía macedónica trataría de proteger a los *humiliores* más que a través del desarrollo del *ius poenitendi*, mediante la reducción al mínimo de sus relaciones con los *potentiores*, quienes habían recobrado su poder, hasta el punto de establecer una prohibición general de adquirir; a pesar de ello, la facultad de desistimiento se mantiene en las Basílicas. Finalmente, con la desaparición de la clase social de los pequeños campesinos, la regla protectora de la ley 34 devendría inútil.

⁶⁰ D. 19, 2, 38, pr (*Paul. l. sing. Reg.*) *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet*.

⁶¹ MOLNAR, *op. cit.*, p. 308. Apunta que el medio técnico más eficaz para asegurar la ejecución del contrato, especialmente por parte del operario, dada su situación financiera normalmente precaria, sería la inserción de una cláusula penal.

⁶² *Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: «Cum per te non stetisse proponas, quo minus*

65, 22), dispone que, cuando se arrendaron los servicios por tiempo determinado, el juez competente ordenará que, en cuanto lo consienta la buena fe, se haya de respetar la convención⁶³.

No es posible encontrar para los otros tipos arrendamiento una disposición similar a la señalada en CJ. 4,65,34 respecto a la *locatio conductio rei*. Por el contrario, señala Zenón, en respuesta a las huelgas de los obreros de la construcción, que quien abandona la obra que hubiese comenzado, habiendo recibido el estipendio correspondiente, habría de ser obligado a terminarla, y a responder del daño por ello causado, aunque si fuera pobre, sería azotado y expulsado de la ciudad⁶⁴.

3. RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

En el presente apartado trataremos de describir las líneas más generales de la recepción del Derecho romano en relación al abandono por el arrendatario con anterioridad al plazo estipulado, aunque sin ánimo exhaustivo, para, a continuación, examinar la evolución del Derecho histórico español en la materia.

3.1. Glosadores y comentaristas

Los glosadores suelen diferenciar si el abandono de la casa o del fundo por parte del *conductor* ha obedecido o no a una justa causa, teniendo, solo en este último caso, la obligación de indemnizar por las pensiones futuras hasta la finalización del contrato.

En la Glosa, al comentar la ley *si domus*, *ACCURSIO*⁶⁵ aclara que la reclamación del *locator* puede alcanzar todas las rentas futuras, puesto que respecto a las pasadas no hay ninguna duda. Poniendo luego en relación este fragmento con D. 43, 32, 1, 4 (*Ulp. l. LXXIII ad. Ed.*) a propósito del interdicto *de migrando*⁶⁶, señala que aquí, en cambio, el inquilino no está obligado a pagar todas las rentas futuras, salvo que haya mediado una convención especial de no retirarse antes del año. Soluciona la aparente discrepancia considerando que en este último caso se habla de marcharse por necesidad, mientras que, en el primero, por voluntad. De este modo, y siguiendo a IRNERIO, afirma que por

locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.»

⁶³ C.J. 4, 65, 22 *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si hi, contra quos supplicas, facta locatione temporis certi suas tibi locaverint operas, quatenus bona fides patitur, causa cognita competens iudex conventionem servari iubebit. * Diocl. et Maxim. aa. et cc. Papiniano. * <a 293 >*

⁶⁴ CJ. 8, 10, 12, 9.

⁶⁵ Cfr. FEHL, I. *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, t. I, Otto Zellner, Osnabrück, 1965 (ed. facsimilar de la de 1627), p. 1836.

⁶⁶ *Si pensio nondum debeatur, ait Labeo interdictum hoc cessare, nisi paratus sit eam pensionem solvere. Proinde si semenstrem solvit, sexmenstris debeatur, inutiliter interdicet, nisi solverit et sequentis sexmenstris, ita tamen, si conventio specialis facta est in conductione domus, ut non liceat ante finitum annum vel certum tempus migrare. Idem est et si quis in plures annos conduxerit et nondum praeterierit tempus. Nam cum in universam conductionem pigora sunt obligata, consequens erit dicere interdicto locum non fore, nisi liberata fuerint.*

razón de la equidad pueden trasladarse el colono o el inquilino si interviene una justa causa, pero rechaza la opinión de Azo⁶⁷, según el cual el *dominus* no puede actuar por las rentas futuras⁶⁸.

BARTOLO DE SAXO FERRATO⁶⁹ introduce una matización importante, que será frecuentemente repetida siglos más tarde, en el sentido de entender que la restitución por el interés total no ha de tener lugar si en dicho tiempo el fundo se ha alquilado a otro recibiendo la pensión correspondiente, en base a lo señalado en D. 19, 2, 19, 9 (*Ulp., l. XXXII ad ed.*), antes referido, donde Ulpiano da noticia de un rescripto de Antonino y Severo, quienes, ante el supuesto de un copista que había dado en arriendo sus servicios, y habiendo fallecido después el que los había tomado arrendados, resuelven que, puesto que no se debió al copista no prestar los servicios arrendados, *si de otro no recibió en el mismo año salarios*, es justo que se cumpla lo prometido en el contrato.

Por su parte, BALDO DE UBALDIS⁷⁰, siguiendo a JACOBUS DE RAVANIS y a AZÓN señala que, además de las señaladas en la Glosa, son justas causas que dan derecho a migrar sin pagar las pensiones futuras, el vicio propia de la cosa o la amenaza de ruina. De no mediar justa causa para migrar o rescindir, el dueño puede reclamar por la pensión futura. Su discípulo, PAULUS CASTRENSIS⁷¹, también se pregunta si después de abandonar la casa o el fundo se alquila la casa a otro por una pensión igual o mayor, no habiendo, por tanto, daño, puede reclamar la renta correspondiente a todo el tiempo del contrato o no. Además del fragmento utilizado por Bartolo, acude Paulo de Castro al fragmento siguiente (D. 19,2,19,10 *Ulp., l. XXXII ad ed.*)⁷², donde el jurista recoge una respuesta de Papiniano según la cual, fallecido un legado del César, se había de pagar a sus subordinados el sueldo del tiempo restante, *si después los subordinados no estuvieron al mismo tiempo con otros*. Sin embargo, teniendo en cuenta que la cuestión se vuelve confusa a

⁶⁷ Respecto al momento en el que se debe pagar la renta, Azo, *op. cit.*, tras referir las opiniones existentes sobre el particular (para unos debe ser pagada al principio –D. 19,2,24,3 (*Paul., l. XXXIV ad Ed.*)–, para otros en el medio, y para otros al final, al indicarse en D. 45, 1, 42–*Pomp. l. XXVII ad Sab.*– que el que hubiere estipulado que se le dé en este año o en este mes, no pedirá con derecho sino habiendo transcurrido todas las partes del año o del mes) entiende que se debe estar a lo pactado, en su defecto, a la costumbre del lugar, y caso de no existir esta, se debe reducir al año final del tiempo (arg. ex. D. 50, 17, 34 –*Ulp. l. XLIV ad Sab.*). Por lo tanto, el dueño no puede exigir antes la pensión. Sin embargo, si el inquilino no le satisface puede expulsarlo impunemente, transcurrido el máximo lapso de tiempo para el pago de la *pensio*. Aunque si el *locator* hubiera prometido una pena, no podría expulsar al conductor, pues se entiende implícita la condición de que el *conductor* pague la pensión.

⁶⁸ *Ergo eadem aequitate colonus, vel inquilinus, necessaria causa interveniente, poterit migrare, secundum Ir. Sed Azo dicit quod pro futura pensione non agit dominus: nec hoc hic expresse dicit: licet diccat quod statim potest agere: inquilinus tamen non agit interdicto de migrando, nisi solvat totius temporis pensionem etiam futuri: hoc tamen ita, si specialis conventio fuit de non recedendo ante tempus: utl d.l. contraria. Sed certe licet sic istam solvas: alia tamen remanent contrariae. sicilicet illa, habibatores&illa dominus, ut j. eod. si unde prima est verior.*

⁶⁹ BARTOLO A SAXO FERRATO, *In secundam Digesti veteris partem*, apud Ivntas, Venetiis, 1570, p. 133v. §Si domus.

⁷⁰ BALDI UBALDI PERUSINI, *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria*, apud haeredes Georgy Varinci, Venetiis, 1615, p. 131. §Si domus.

⁷¹ PAULI CASTRENSIS, *In secundam Digestis partem Commentaria*, Venetiis, 1575, p. 132, §Si domus.

⁷² *Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt.*

tenor de D. 1, 22, 4⁷³, donde Papiniano excepciona a ese supuesto, el de que se reciba un sucesor antes de tiempo, acaba el comentarista por dar una respuesta afirmativa: por irse sin causa –dice– se permite que no haya ninguna diferencia para el actor, si (el *conductor*) no paga la renta⁷⁴.

3.2. Humanistas, *usus modernus pandectarum*, pandectistas

Para ALCIATO⁷⁵ si el *conductor* ha prometido no marcharse en un quinquenio, se entiende que ha de pagar las pensiones, pues así se desprende tanto de la naturaleza del contrato como del sentido propio de las palabras.

CUIACIO⁷⁶ afirma que, arrendada una casa o un fundo por un quinquenio, si el inquilino abandona sin justa causa la habitación o el colono deja el cultivo del fundo, el dueño puede inmediatamente ejercitar la *actio locati* por la pensión de todo el quinquenio o la renta de todos los años, sin esperar al final de dicho quinquenio (tomando como base D. 19,2,55,2). E inversamente, si el colono no puede disfrutar, o el inquilino habitar por culpa del *locator*, puede actuar por todo el quinquenio. A continuación, recoge la opinión de Accursio a propósito del interdicto *de migrando*, cuando considera que no es necesario que se ofrezca la pensión de todo el tiempo del contrato, sino la correspondiente al tiempo que se disfrutó de la habitación, salvo en el caso de haberse pactado una convención especial de no marcharse antes del tiempo, en cuyo caso se debe la totalidad de la pensión y se podrían retener los *invecta et illata*. Destaca cómo en la ley que nos ocupa, por el contrario, no se exige convención especial.

Entiende DONELLUS⁷⁷ que el *conductor* no solo debe abonar la pensión si abandona la cosa arrendada sin causa justa y probable, sino también todo lo que interese al arrendador, y que la reclamación por abandono anticipado se puede realizar inmediatamente aunque la pensión de la casa o fundo esté dividida en varios años.

⁷³ D. 1.22.4 (Pap. l. IV Resp.) *Diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis, quod a legatis praestitutum est, debetur, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt. Diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.*

⁷⁴ *Hic sit, recedendo sine causa, & succedit loco poena, licet nihil intersit actoris, si non solvat pensione.*

⁷⁵ ALCIATO, A., *Opera omnia*, Vico Verlag, Frankfurt am Main, 2004, (De verborum & rerum significatione libros quator, A.9.60): *Vnde si locator conductore intra quinquennium non eicere promisit, intelligitur conductore pensionem solvente: natura enim contractus etiam proprietati verborum praepollet.*

⁷⁶ CUJACII, J., *Tomus quintus vel secundus operum postumorum*, Neapoli, 1722, p. 525. *Ad § Si domus. Locata domo in quinquennium, vel fundo locato similiter in quinquennium, si inquilinus deferat habitationem, vel si colonus culturam deferat, Coloniam ut loquuntur, deferat ante quinquennium, dominus cum eo statim agere potest ex locto de pensionibus totius quinquennii, de pensionibus omnium annorum, tie ae sibi praestentur, non expectato sine quinquennii. Et hoc, si sine justa & probabili causa, vel inquilinus habitationem, vel colonus coloniam deseruerit, l. 55 §. ult. ins. h.t. Et e contrario quoque, si colono frui non liceat, si inquilino habitare non liceat per locatorem, totius quinquennii nomine statim colonus, vel inquilinus cum locatore agere potest.*

⁷⁷ DONELLI, H., *Opera omnia. Commentarioum de jure civili*, t. III, Maceratae, 1829, p. 841: *et omnino si sine justa et probabile caussa deseruit rem conductam; nihilominus mercedem debebit. L. habitatores, 27. § ult. L. dominus, 55 § ult. D. loc. Neque hanc solum, sed et in id quod locatoris interest poterit conveniri, d. L. dominus, 55 § ult. L. item, 13 § exercitu, D. loc. De mercedibus autem ita tenetur, ut ante tempus deserta habitatione aut fundo, nihilominus statim eo nomine cum eo agi possit. L. si in lege, 24§ si domus; D. loc. et si forte in plures annos divisas pensionibus domus vel fundus locatus sit, ad solvendas totius temporis pensiones recte cum eo agatur, d. L. dominus § ult. eod.*

Algunos de los grandes tratados sobre la *locatio conductio* elaborados en el siglo XVII insisten en que el abandono realizado por el *conductor* antes del tiempo señalado en el contrato, realizado sin justa causa, da derecho a reclamar inmediatamente la totalidad de las rentas (*totam mercedem*)⁷⁸. PACIONI declara expresamente que, así como no basta el consentimiento de uno para concluir el contrato, tampoco basta para disolverlo⁷⁹. Por su parte, VOET⁸⁰ considera que a través de la *actio locati* se puede reclamar las pensiones del arrendamiento, incluyendo los intereses por mora, al *conductor* que no hubiese usado la cosa arrendada, o que la hubiese abandonado sin justa causa, pero que debe ser exonerado si el arrendador comienza a cobrar la pensión de otro por el tiempo restante⁸¹, en base al mismo argumento, ya empleado por Bartolo de Saxoferrato, de lo señalado en D. 19, 2, 19, 9 (*Ulp., l. XXXII ad Ed.*). Del mismo modo interpreta el texto de Paulo contenido en D. 19,2,55,2, antes transcrito, considerando que quien se mude antes de tiempo sin justa causa no tiene derecho a todas las pensiones íntegras del tiempo restante, pues no se trataría de conseguir la indemnización, sino un lucro, si del primer y segundo *conductor* se obtuviera duplicada la pensión⁸². La teoría de que se ha de reclamar únicamente por el interés, para evitar un enriquecimiento injustificado del arrendador, será mantenida posteriormente por autores como BRUNNEMANN⁸³, WESTPHAL⁸⁴ o MOLITOR⁸⁵.

Pasando ya a los precursores del Código civil francés, en primer lugar, DOMAT⁸⁶ recoge la regla romana según la cual si el arrendatario abandona la casa arrendada sin causa alguna, puede ser demandado por el propietario tanto por la renta como

⁷⁸ MAULI, Th. *Tractatus absolutissimus de locatione et conductione*, Francofurti ad Maenum, 1633, pp. 60-61; PACIONI, P., *De locatione et conduction tractatus*, Romae, 1677, p. 36.

⁷⁹ PACIONI, *op. cit.*, p. 561: *sicut enim non sufficit consensu unius ad locationem contrahendam... ita nec sufficere potest ad eam dissolvendam.*

⁸⁰ VOET, J. *Commentarius ad Pandectas*, t. I, Coloniae Allobrogum, 1778, p. 674,

⁸¹ *Agitur hac locati actione ad id, ut conductor mercedem solvat totius temporis in quod conduxit, una cum usuris mora, (...) etiamsi re conducta usus non sit, vel ante tempus migraverit, nullam justam causam habens. l. habitatores 27.§. iterum l.l. dominus 55.§. ult. h.t. Ut tamen exonerare conductorem debeat, si quam forte locator mercedem ab alio pro reliqui temporis usu consecutus sit.*

⁸² *Quid & non obscure Paulus monere videtur, cum agens de eo, qui ante tempus sine causa migravit, non simpliciter eum ad integri temporis mercedes teneri dicit, sed potius ad solvendas totius temporis mercedes teneri dicit, sed potius ad solvendas totius temporis pensiones es conducto conveniri posse, quatenus locatori in id, quod ejus interest, indemnitas servetur, l. dominus horreorum 55. §. ult. ff. h.t. At non indemnitem tantum, sed & lucrum captalet locator, si & à primo & à secundo conductore duplicatam temporis ejusdem haberet mercedem.*

⁸³ BRUNNEMANN, J., *Commentarius ad Pandectas in duobus tomis divisus*, Lugduni, 1714, p. 57: *Qui deserit praedium conductum, non tantum ad totam pensionem obligatur, sed etiam ad interesse tenetur, nisi habet justam desertionis causam*

⁸⁴ WESTPHAL, E.C., *Lehre des gemeinem Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth und Erbzinskontracta, der Cesion, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mangel*, Frankfurt, 1791, p. 718: *Ist alles diese auf der Seite des Miethers oder Pächters, so bezahlt er die ganze Miethe, oder den ganzem Pacht, wenn nicht der Eigenthümer einen andern Abmiether oder Pachter bekommt, der ihm das bezahlt, was der vorige bezahlt haben würde, wenn er beim Kontract geblieben wäre.*

⁸⁵ MOLITOR, *Les obligations en Droit Romain, avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français*, II, Paris, 1853, p. 201: *s'il (le preneur) avait pris la chose en location pour un long terme o pour plusieurs termes, et qu'il l'abandonnât ensuite, le locateur aurait le droit de lui faire payer à l'instant la merces pour toute la durée du contrat ; mais s'il parvenait à louer la chose à d'autres, il devrait restituer tout ce qu'il perceverait au-dela du loyer qui lui était dû par le premier locataire.*

⁸⁶ DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturell*, 2^e ed., t. I., Paris, 1697, pp. 193 y 208.

por los daños e intereses. Además, recuerda que el arrendatario no puede dejar de cultivar el fundo, pudiendo ser compelido a ello por el arrendador, con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios correspondientes. Por su parte POTHIER⁸⁷ se refería a la cláusula, frecuentemente introducida en los contratos, por la que se permitía a cada una de las partes resolver el arrendamiento al cabo de cierto tiempo, avisando a la otra. Si en la cláusula no se establecía plazo de preaviso, debería efectuarse este con tiempo suficiente para que la otra parte pudiera volver a alquilar la casa, si era el *conductor* quien quería resolver el contrato o si se trataba del *locator*, para que el *conductor* pudiera encontrar otra casa. Una vez efectuado el preaviso, no se podría cambiar la voluntad. Por último, precisa que excepcionalmente se podía mediante este tipo de cláusulas otorgar el derecho de desistimiento exclusivamente a una de las partes, por lo que solo esta podría usarlo. Además, considera que, en determinados supuestos, la *actio locati* permite reclamar los alquileres vencidos y en algunas ocasiones incluso antes, como ocurre cuando alguien, sin causa justificada, antes de la expiración de su arrendamiento, ha abandonado el fundo arrendado. En ese caso debería ser condenado a pagar el disfrute que había arrendado por entero, de modo que el propietario quede indemne⁸⁸.

GLÜCK precisa que el inquilino o colono están obligados a pagar la renta íntegramente, aunque no puedan por su culpa utilizar la cosa arrendada, exceptuando el caso de que el propietario arriende rápidamente a otro el bien abandonado por el *conductor*. Aplicando el criterio de Paulo en D. 19, 2, 55, 2, tantas veces citado, insiste en que el *locator* debe quedar indemne, pero no pretender obtener además un beneficio si cobra también al primer arrendatario lo que ahora exige al segundo⁸⁹. A su vez ARNDTS⁹⁰ establece como únicas excepciones a la obligación de pagar la *merces* el no poder disfrutar de la cosa arrendada, por impedirlo o estorbarlo el *locator* o por vicio propio de la cosa; en los demás casos, debe pagar aunque no se haya servido del bien arrendado. Por otra parte, los pandectistas, en general, suelen afirmar la posibilidad de desistimiento unilateral de cualquiera de las partes del contrato de arrendamiento sin necesidad de causa alguna, cuando el contrato no tenga señalado término⁹¹. WINDSCHEID aclara que, en cuanto al plazo de preaviso, ha de tenerse en cuenta la costumbre del lugar, si es que existe, debiendo interpretarse el sentido del contrato según la buena fe. Si se hubiere pactado expresamente que no habría un derecho de desistimiento o que el contrato se hubiera concluido a perpetuidad, la relación jurídica de las partes se juzgaría según los principios de la enfiteusis o de la superficie.

⁸⁷ POTHIER, R.J., *Traité du contrat de louage, selon les regles tant du for de la conscience que du for exterieur*, Paris-Orleans, 1764, pp. 225-228.

⁸⁸ POTHIER, R.J., *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*, t. VII, Paris, 1821, pp. 216-217.

⁸⁹ GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, t. XIX, trad. Greco, Leonardo Vallardi ed., 1891, p. 232.

⁹⁰ ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, II, trad. F.Serafini, Arnaldo Forni Editori, 1981(ed. facsimilar de la de Bologna, 1875), p. 258.

⁹¹ WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 9. Auf., Scientia Verlag Malen, 1963 (ed. facsimilar de la de Frankfurt am Main, 1906), p. 760; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 4.^a ed., Società ed. Libreria, Milano, 1954, p. 6.

3.3. Derecho histórico patrio

En los primeros siglos de la Edad Media existen pocos vestigios del arrendamiento. GROSSI⁹² ha llegado a afirmar la desaparición de la *locatio conductio*, al percatarse del contraste entre la escasez de testimonios sobre esta figura en este período y la abundancia que de ellos hay antes (en época romana) y después (a partir del siglo XI). Por un lado, la configuración de esta figura como contrato consensual va a resultar alterada como consecuencia del influjo germánico. Por otro, la realidad socio-económica de la época propiciaba el recurso a otras formas jurídicas para la explotación de la tierra, en las que predominara no tanto el *frui licere* del *conductor* como la obligación de cultivo. En el caso particular de nuestro país, las primeras fuentes de la Edad Media apenas hacen referencia al arrendamiento, hasta el punto de haberse afirmado que el contrato de *locatio-conductio* fue desconocido –al menos en su conceptualización jurídica romana como contrato consensual– antes de la obra legislativa de Alfonso X a mediados del siglo XIII⁹³. Así, por ejemplo, en el Fuero Juzgo solo encontramos una mención al arrendamiento de animales de labor o al trabajo de un siervo ajeno en favor de mercaderes de ultramar⁹⁴.

En el Fuero Viejo de Castilla se establece como pena para aquella de las partes que, sin causa justificada, pretenda poner fin a la *locatio operarum* antes de tiempo, la de pagar el doble de la soldada:

F.V.Castilla, 4,3,5. «El que recibe á soldada por cierto tiempo á algún criado ó criada, si se fuere sin culpa del amo, ni estar enfermo ántes de cumplir el plazo, debe pagar doblada la soldada; pero si el amo le echare de la Casa sin culpa del criado, incurre en igual pena de pagarle doblada la soldada; si el amo se querella del criado, por haberle quitado alguna cosa de valor de 15 sueldos, jurándolo el amo, debe condenársele al criado».

Sin entrar en un estudio exhaustivo de los fueros municipales españoles, puede señalarse, sin embargo, que, en algunos de los más tardíos y desarrollados, que contienen ya una regulación minuciosa de los aspectos jurídicos privados, encontramos una solución peculiar para el supuesto de desistimiento unilateral del arrendatario. Tal ocurre en las *Costums de Tortosa*, en los *Furs de Valencia* y en el Fuero de Cuenca:

Costums de Tortosa 4, 25, 7. «Si deja alguno las casas que haya tomado en alquiler ántes de finir el tiempo por que las alquiló; es y queda tenido á pagar al señor de las casas ó á su locador todo el alquiler ó premio del tiempo que falta todavía. Pero si quiere subalquilarlas á otro el conductor hasta que acabe el tiempo del contrato; puede hacerlo sin contraste, con tal que las subalquile á personas honestas que estén ó habiten en ellas,

⁹² GROSSI, *op. cit.*, p. 53.

⁹³ MARTÍNEZ VELA, J.A., «El contrato de “locatio conductio”. Notas sobre su recepción en el Derecho castellano medieval, con especial referencia al Código de “Las Partidas”», *Revista de Derecho UNED* (11), 2012, p. 615. El mismo autor señala que el análisis de los principales fueros locales castellanos pone en evidencia la inexistencia de una regulación de un contrato similar a la *locatio-conductio* romana.

⁹⁴ FJ., 5,5,2: «Si alguno empresta ó *aluga* su cavallo ó su yegua, ó su mula, ó otra animalia...»; FJ., 11, 3,4: «Si algún ome mercadero dultra portos tomare algun siervo de nuestro regno que le lieve sus mercaderías, por cada anno dél tres moravedís por su trabajo, é á cabo del plazo entregue el siervo á so señor».

y en ellas depositen sus cosas. Bien entendido que finido el tiempo por que las alquiló, debe el conductor dejar las casas alquiladas á disposición del locador. Y si se deteriorasen las casas por culpa del conductor ó de aquel á quien las subalquile; á arbitrio de juez ó de prohombres, debe de enmendar y bonificar al locador sus deterioros»

FRV, LXXVI. 5 «*Si alcú pendrà casa a loger d'altre o altra cosa seent, entrò a cert temps e ans del temps que y devia estar la volrrà lexar, pach lo loer de tot aquel temps; e aquel qui la havia logada que y pogués estar pusca-la logar a a altres persones que no sien tafurs ni jugadors ni ladres ne putaners ne alcavots si.s vol, tro a aquel temps que ell hi podía estar. Aço, però, servat e esguardat que, fenit e passat lo temps entrò que ell hi devia estar, que rede les cases o coses que no sien piyorades al senyor qui les havia logades. E si serán piyorades per colpa d'ell o d'aquel a qui les loga, esmén lo piyorament a conexença de bos hòmens*».

F. Cuenca, XXXII. 9– «Cualquiera que alquile una casa o una tienda por un año o por un mes, téngala hasta el último día de su plazo, de modo que ni el arrendador ni el arrendatario puedan arrepentirse de lo pactado ni quebrantar las condiciones. No obstante, si el arrendatario quiere dejarla por alguna necesidad o infortunio que le sobrevenga, alquílela a su vez a otro que responda al dueño de la casa en su nombre y en las mismas condiciones, junto con el precio del alquiler, de otra manera, no deje la casa».

Los tres textos establecen que si el arrendatario desea finalizar el contrato antes del tiempo pactado (por necesidad o infortunio, se aclara en el último de los textos transcritos) se debe subarrendar a una persona que responda ante el dueño de la casa en las mismas condiciones⁹⁵. Las *Costums* exigen que el subarriendo se verifique en favor de personas honestas, mientras que en los *Furs* se introducen una serie de prohibiciones, no pudiendo realizarse el subarriendo en favor de personas de dudosa reputación: *ne tafurs, ne jugadors, ne ladres, ne putaners, ne alcavots*. Si el arrendatario no consigue encontrar a alguien que se subrogue en su lugar, se establece de forma expresa en el fuero de Cuenca (dándolo por sobreentendido los demás) que no se puede poner fin al arrendamiento (salvo que se quiera pagar la *merces* por el tiempo que falte por cumplir, como aclaran las *Costums de Tortosa*). En todo caso, la cosa siempre debe ser devuelta sin daño alguno al finalizar el término original del arrendamiento. Si el bien objeto del arrendamiento ha sufrido daños por culpa del subarrendatario, el Fuero de Cuenca establece la responsabilidad del arrendatario, al tiempo que los *Furs* y las *Costums* disponen que la cuestión se dirimirá a juicio de hombres buenos.

⁹⁵ El subarriendo estaba permitido como regla general en los *Furs*, salvo pacto en contrario (FRV, 4,22,1). Señala MARZAL, P. «El arrendamiento en el Derecho foral», *GLOSSAE. European Journal of Legal History* (13), 2016, p. 433, que, en la práctica notarial, la mayoría de contratos formalizados exigen la autorización expresa del propietario para realizar el subarriendo. Las *Costums*, por su parte, señalan que «Hombre alguno puede vedarle al conductor que alquile ó dé en locación á otro la cosa que tiene alquilado por sí; á no ser que entre locador y conductor hubiesen previamente convenido lo contrario» (*Costum* 4,25,3). Sin embargo, el subarriendo del que se hacen eco los fueros españoles no parece tener mucho que ver con el supuesto típico contemplado en las fuentes romanas, que, pese a consentir el subarriendo en general (C.J. 4,65,6), en la mayor parte de los casos recogían la figura de un subarriendo «profesional», en el que una persona tomaba en arrendamiento una *insula* al completo para luego subarrendarla por partes (*cenaculum, habitationes*), buscando claramente la obtención de un lucro (sobre este tema, CARDASCIA, G., *Sur une fonction de la sous-location en droit romain*, «Studi Biscardi», t. II, La Goliardica, Milano, 1982, pp. 365-388).

En definitiva, los tres cuerpos legales, que, en general, manifiestan un alto grado de recepción del Derecho romano⁹⁶, no lo hacen en relación con la materia que nos ocupa de forma pura, pues si bien parten de que el arrendatario por tiempo determinado no puede poner fin al contrato de forma unilateral sin causa justificada, debiendo en caso contrario pagar la totalidad de la *merces*, introducen una solución no directamente prevista en las fuentes romanas, a pesar de la frecuencia con la que en ellas se contempla el subarrendamiento⁹⁷, solución que trata de dar respuesta a los intereses de ambas partes: el subarriendo en favor de persona honesta por el tiempo que falte para cumplir el plazo pactado.

Es interesante la mención que se hace en las *Costums* a la obligación que tiene el subarrendatario de depositar sus cosas en la casa subarrendada; esta obligación puede ser eco del derecho de prenda en favor del *locator* sobre los bienes del *conductor* introducidos en el edificio que servía para garantizar el pago de la renta.

En el Fuero de Cuenca aparece además una clara reminiscencia romana en relación a la *locatio operarum*, pues el señor que despida al criado asalariado antes del día del plazo, debe dar la totalidad de la paga convenida, solución que concuerda perfectamente con la establecida en D. 19, 2, 38, pr. Ahora bien, también aquí se produce una novedad al contemplar la hipótesis contraria, es decir, cuando es el trabajador el que desiste del contrato (concluido por tiempo determinado), de forma que en lugar de seguir el criterio del C.J. 4, 65, 22, que, para el mismo supuesto, disponía que el juez había de hacer que se observara la convención, prefiere regular el porcentaje de la *merces* que se ha de abonar al trabajador en función del tiempo trabajado:

F. Cuenca, XXXVI,2: «El criado asalariado, si acuerda con alguno permanecer con él desde comienzo de marzo hasta la fiesta de San Juan y antes de concluir el plazo deja a su señor, reciba la mitad de la paga a la que se haya hecho acreedor. Quien deje a su señor desde la fiesta de San Juan hasta la de San Miguel, transcurrido el mes de agosto, reciba dos partes de la paga que haya ganado. Si lo deja antes del mes de agosto, reciba la mitad de la paga que haya ganado. Si deja a su señor desde la fiesta de San Miguel hasta comienzo de marzo, reciba la tercera parte de la paga que haya ganado. Si es el señor el que despida a su criado antes del día del plazo, déle todo lo que haya ganado».

Examinando ahora la legislación de Alfonso X el Sabio, puede comprobarse enseguida como el Fuero Real, en línea con el derecho romano clásico, establece que el arrendatario que abandona una casa antes del plazo estipulado, ha de pagar toda la renta al completo. Únicamente se liberaría de tal obligación en caso de que la vivienda tuviese necesidad de reparaciones que se niega a acometer el arrendador:

⁹⁶ Sobre la recepción del Derecho romano en estos cuerpos legales, *vid.* TORRENT, A., «La recepción del Derecho justinianeo en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la Historia del Derecho europeo», *RIDROM* (10), 2013, pp. 26-119 y BARRERO GARCÍA, A.M., «El Derecho romano en los «Furs» de Valencia de Jaime I», *AHD* (41), 1971, pp. 639-664.

⁹⁷ C.J. 4,65,6; D., 7, 1,13,8 (*Ulp., l. XVIII ad Sab.*); D., 13,7,11,5 (*Ulp. l. XXVIII ad Ed.*); D. 19,1,53, pr. (*Lab., l. I Pith. a Paul. ep.*); D. 19,2,7 (*Paul., l. XXXII ad Ed.*); D. 19,2,8 (*Tryphon. l. IX Disp.*); D. 19, 2, 30, pr. (*Alf., l. III a Paul ep.*); D. 19, 2, 58, pr. (*Lab., l. IV post. a lav. Ep.*) y D. 19, 2, 60, pr. (*Lab., l. V post. a lav. Ep.*).

F. Real, 3.17.2. «Sy alguno logare su casa a otro a plazo, non gela pueda toller fasta el plazo, fueras si la quisiere refacer aviendolo mester la casa, o si enlla ficiere daño taiando la madera, u otro daño semeiable: et en esta guisa non le demande el señor el aloguer mas de por el tiempo que y moró. *Otrosi el alogador non la pueda dexar fasta el plazo, fueras si pagare todo el aloguer*: et si la casa oviere mester de se refacer, e el señor non la quisiere refacer, afrontándolo aquel que la tiene, puedagela dexar, e dé el loguer del tiempo que y moro e non mas».

En este punto sigue el Fuero Real muy de cerca lo establecido en el Fuero de Soria, fuero que le sirvió de inspiración⁹⁸:

F. Soria, 390. «Sj alguno logare su casa a otro omne alguno a plazo, non gela pueda después toller nj por vendida nj por morada nj por otra cosa njnguna fasta el postrimero dia del plazo conplido. Otrossi el que la logare non gela pueda dexar después por aquel tiempo que la logare, saluo si pagare el loguero por el tiempo que la logo (...)»

Continúa esta ley estableciendo una prohibición general de subarrendar⁹⁹, salvo que «acaheciere alguna necessitat e desauentura por que non pudiesse morar en ella: entonz que la pueda logar a otro omne alguno faziendolo saber a su señor porque entre en ella por su mano, y que le dexe la casa desque fuere el tiempo conplido por que fue logada».

En las Partidas no encontramos una disposición específica para el problema que nos ocupa. Únicamente puede deducirse que el desistimiento es voluntario en los contratos concertados por tiempo indeterminado, *a sensu contrario*, de la siguiente ley:

Part. 5,8,6: «Como non deue ser echado de la casa, o tienda, el que la toviere alogada, fasta el tiempo conplido; saluo en los casos señalados. Alogando vn ome a otro casa, o tienda, *fasta tiempo cierto*, pagándole el que la recibe el aloguero que ponen con el a los plazos en que se avinieron, non le puede echar ella, fasta que aquel tiempo sea conplido. Fueras ende, por quatro razones (...)»

Efectivamente, si el desistimiento por parte del arrendador es causal en los arrendamientos concertados por tiempo determinado, ha de presumirse que es libre en el supuesto contrario, aplicándose entonces, lógicamente, la misma regla al arrendador y al arrendatario. Nada se dice, por el contrario, sobre el desistimiento en los arrendamientos por tiempo determinado, por lo cual debe presumirse que no se concede a ninguna de las partes. En consecuencia, si el arrendatario abandonare el contrato antes de tiempo, vendría obligado, como señalaba el Fuero Real, a pagar todas las rentas hasta la finalización del contrato.

Uno de los problemas que se podía plantear era el de si la inserción de una cláusula penal, para el caso de rescisión por culpa del arrendatario, le podía proporcionar a este

⁹⁸ Sobre la influencia del Fuero de Soria en el Fuero Real, vid. GALO SÁNCHEZ, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919, pp. 219 y 259. Señala expresamente la correspondencia entre la ley 390 del Fuero de Soria y el FR. 3,17,2 (p. 263).

⁹⁹ A diferencia de los Fueros antes mencionados (Fuero de Cuenca, *Costums* de Tortosa, *Furs* de Valencia) en los que el principio general era la libertad de subarrendar.

la facultad de abandonar el contrato satisfaciendo la pena convenida. Entiende ESCRICHE¹⁰⁰ que, a menos que el contrato confiriese claramente tal facultad al arrendatario, el arrendador podía rechazar la pena y demandar el cumplimiento de la convención.

Reflejando una costumbre local, concretamente la de los arrendamientos de casas de la Villa de Madrid, un Auto acordado de 31 de julio de 1792, posteriormente recogido en la Novísima¹⁰¹, establece el deber de reintegrar al inquilino que hubiese anticipado las rentas de medio año y abandonase antes de transcurrido dicho plazo, la parte proporcional correspondiente al tiempo que faltase por cumplir. También en Nov. R. 10, 10, 3 se previene que en el principio del último año estipulado de contrato tengan obligación el dueño y el colono de avisarse para su continuación o despedida, como mutuo desahucio, y si solo se hace al fin de este, se entiende que sigue el año inmediato.

4. ETAPA CODIFICADORA

El artículo 1709 del *Code* napoleónico definía el arrendamiento de cosas como “el contrato por el que una de las partes se obliga a hacer que la otra disfrute de una cosa por cierto tiempo y mediante un cierto precio que ésta se obliga a pagarle”, si bien no contenía previsión alguna acerca del desistimiento intempestivo del arrendatario, como tampoco suelen, en general, hacerlo los códigos civiles surgidos en este siglo, siendo la legislación especial arrendaticia la que contemplará esta situación.

En nuestro país, la posibilidad de desistimiento unilateral por cualquiera de las partes en los arrendamientos celebrados por tiempo indeterminado se manifiesta en el artículo 6 del Real Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813 (restaurado por RD de 8 de septiembre de 1836), aunque estableciéndose el deber de preaviso de un año de antelación:

«Los arrendamientos sin tiempo determinado durarán á voluntad de las partes; *pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos*, podrá hacerlo así, avisando á la otra un año antes; y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesion, una vez desahuciado por el dueño. No se entienda sin embargo que este artículo hace novedad alguna en la actual constitucion de los foros de Asturias y Galicia y demás provincias que estén en igual caso».

¹⁰⁰ ESCRICHE, J. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. I., Imprenta Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, p. 711. Hoy en día, también señala el artículo 1.153 del Código civil que «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho».

¹⁰¹ Nov. Rec. 10.10.8.5-Don Carlos IV por consulta y auto acordado del Consejo de 31 de julio de 1792. Arrendamientos de casas de Madrid, y reglas que deben observarse en ellos. «Mediante en que, en conformidad de la costumbre observada en Madrid, el inquilino que ha de habitar la casa, anticipa el importe de medio año; si se verificase que antes de cumplirlo la dexase, el dueño o administrador le devolverá a prorrata la cantidad que corresponda al tiempo, que faltare para cumplir el medio año; y lo mismo se entienda con los alquileres, que se anticipan en las habitaciones, que se pagan por meses». Explica ESCRICHE, *op. cit.*, p. 719, que respecto a los arrendamientos de casas de Madrid se observaban antiguamente reglas diferentes de las comunes, que atacaban notablemente los derechos de los propietarios, debido a las exigencias de los cortesanos al establecerse la corte en Madrid.

En el Proyecto de Código Civil de 1836 comienzan a aparecer disposiciones con miras a acabar con la posibilidad de arrendamientos por tiempo indeterminado, y así, si las partes no han fijado la duración del contrato, en el caso de los arrendamientos rústicos se entiende que la duración es de tres años (artículo 1.193), aunque no se establece una disposición análoga para los arrendamientos urbanos. En cuanto a la extinción, distingue el Proyecto entre contratos (sobre cosas) celebrados por tiempo determinado, que terminarán acabado que sea dicho tiempo (artículo 1270) y los no otorgados por tiempo determinado, que cesarán con la muerte de arrendador o arrendatario. Si ambos viven, se permite el desistimiento unilateral de uno y otro, pero estableciéndose como requisito indispensable el aviso anticipado de desahucio o de desistimiento del arrendatario (artículo 1271). El plazo de preaviso es de un año si se trata de predios rústicos, como en el RD de 1813, y el que establezca la costumbre de la tierra en el caso de los urbanos (artículo 1272)¹⁰². Es interesante la regla contenida en el artículo 1225 en relación al inquilinato, cuando se establece la obligación del inquilino de pagar el alquiler de un mes, aunque ningún tiempo se hubiere ocupado la casa, si por su culpa o arrepentimiento no hubiere llegado a tener lugar el inquilinato. El artículo siguiente reitera la disposición de la Novísima que ordenaba reintegrar al inquilino que hubiese anticipado las rentas de medio año y abandonase antes de transcurrido dicho plazo, la parte proporcional correspondiente al tiempo que faltase por cumplir¹⁰³.

El Proyecto de 1836 regula también, dentro del contrato de servicio personal, el de los criados, estableciendo un derecho de desistimiento unilateral a favor tanto del amo como del criado¹⁰⁴. Respecto al arrendamiento de obras contratadas a destajo, se permite al dueño suspenderla y separarse del contrato, eso sí, satisfaciendo al arquitecto o empresario todos los gastos, jornales y ganancias que pudiera haber tenido en la empresa (artículo 1255).

Posteriormente, Isabel II, mediante Ley de 3 de mayo de 1842¹⁰⁵, además de declarar la facultad de los dueños de las casas y edificios urbanos de arrendarlos libremente, permite, en el caso de contrato sin duración determinada o renovados tácitamente, el desistimiento unilateral tanto de arrendador como de arrendatario con el preaviso establecido por la costumbre general del pueblo o, en defecto de esta, de cuarenta días¹⁰⁶.

El Proyecto de García Goyena también contiene disposiciones para precisar la duración de los arrendamientos cuando esta no haya sido fijada en el propio contrato, introduciendo diferentes reglas en función de los diversos tipos de cultivo en relación a

¹⁰² Según el artículo 1273, igual despedida deben hacerse mutuamente el arrendador y el arrendatario cuando el arrendamiento no se hubiere hecho por cierto número de años, sino a tanto por año.

¹⁰³ Artículo 1226: «Si el inquilino hubiese pagado anticipadamente el alquiler, sea por medio año, sea por un mes o más, y dejare la casa por cualquier motivo, deberá el dueño de ella devolverle la cantidad correspondiente al tiempo que no haya de ocuparla».

¹⁰⁴ Artículo 1266: «El amo tiene derecho para corregir verbalmente al criado, y así aquél como éste podrán separarse del convenio cuando les acomode».

¹⁰⁵ Gaceta de Madrid n.º 2762, de 3 de mayo.

¹⁰⁶ Art. 2: «Si en estos contratos se hubiere estipulado tiempo fijo para su duración, fenecerá el arrendamiento cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio por una ni otra parte. Mas si no se hubiere fijado tiempo ni pactado desahucio, o cumplido el tiempo fijado continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni este dejar el predio sin dar aviso a la otra parte con la anticipación que se hallare adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de cuarenta días».

los arrendamientos rústicos¹⁰⁷, y ocupándose, esta vez sí, de establecer una regla para el caso de los urbanos, de modo que el arrendamiento se entenderá hecho por años, cuando se ha contratado por un tanto anual, por meses cuando se ha fijado un tanto al mes; por días cuando se ha determinado un tanto diario. No alude directamente el Proyecto al desistimiento unilateral en el arrendamiento de cosas –sí lo hace en el caso del de obras¹⁰⁸ y el de servicios¹⁰⁹-, pero merece la pena detenerse en el artículo 1480, que dispone lo siguiente:

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

Si bien la indemnización se refiere a cualquier tipo de falta del arrendatario en general, y no al desalojo anterior a la finalización del contrato, da la sensación de que García Goyena tenía en mente (además del artículo 1760 del *Code* napoleónico¹¹⁰) lo prevenido en D. 19, 2, 55, 2 en relación a la obligación del *conductor* que abandonase el fundo antes del quinquenio de indemnizar al *locator* con el *id quod interest*, fragmento que cita expresamente en sus *Comentarios*¹¹¹. Esta previsión, claramente desfavorable para el arrendatario, no ha sido recogida por nuestro Código civil¹¹².

¹⁰⁷ Artículo 1.512: «El arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que el todo de la finca diere de una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos. El de una dehesa de pastos, de un olivar o una viña, por ejemplo, se entiende por un año. El de las tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas. Pero si las tierras producen dos o más cosechas al año, se entiende hecho el arrendamiento por uno solo».

¹⁰⁸ Artículo 1535: «El dueño puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella».

¹⁰⁹ Artículo 1525: «El criado doméstico, destinado al servicio personal de su amo o de la familia de éste por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido, antes de espirar el término; pero si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle, pagándole el salario devengado y el de quince días más»; artículo 1528: «Los menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto tiempo para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa. El contraventor será condenado a la indemnización de daños y perjuicios».

¹¹⁰ Dicho precepto establecía que, en caso de rescisión por culpa del inquilino, quedaba este obligado a pagar el precio del arriendo el tiempo necesario para hacer otro, sin perjuicio de los daños e intereses que hubieran podido resultar del abuso.

¹¹¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, Madrid, 1852, p. 449, se refiere a la obligación de que tanto arrendador como arrendatario tienen de realizar todas aquellas diligencias para celebrar un nuevo contrato que libere al arrendatario de la obligación de seguir pagando siendo posible el recurso al órgano jurisdiccional para que autorice a proceder al arriendo. A diferencia del *Code* francés, como señala el mismo autor, la medida se encuadra sistemáticamente en el ámbito de las disposiciones comunes para los arrendamientos rústicos y urbanos, y no en el relativo al arrendamiento de casas.

¹¹² Según MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XXIV, ed. Reus, Madrid, 1952, p. 9, el artículo pecaba de excesiva dureza respecto al arrendatario, imponiéndole una sanción civil exagerada, cuando no antijurídica, puesto que, sobre la obligación de pagar el precio de un arrendamiento no utilizado ya, hasta tanto que se encontrase otro arrendatario, resarcimiento verdaderamente integral, duplicaba la pena, cargándole en el debe la indemnización de todo daño y todo perjuicio. Juzga, por ello, acertadísima la supresión, tanto más cuanto que la necesidad en que se ponía el arrendatario de buscar a

Como es sabido, el Código civil de 1889 termina definitivamente, en línea con lo que venían adelantando los sucesivos proyectos, con la posibilidad de arrendamientos por tiempo indeterminado. Así, según el artículo 1543 CC, en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa *por tiempo determinado* y precio cierto, mención esta última que no aparecía, por ejemplo, en el Proyecto de 1851¹¹³. Si no se fija la duración del arrendamiento, el propio Código se encarga de establecer unas reglas para su determinación¹¹⁴.

En materia de desistimiento, hay que tener en cuenta que nuestro Código parte del principio de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, facultando el 1.124 del mismo cuerpo legal a elegir, para el caso de incumplimiento de la otra parte, entre el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización, en ambos casos, de daños y perjuicios. Este sería, por tanto, el régimen general. No obstante, nuestro ordenamiento, en determinados casos, concede a las partes la facultad de extinguir el contrato por su desistimiento unilateral. Tal ocurre en favor de cualquiera de ellas en los casos de contratos de duración indeterminada, para evitar justamente la posibilidad de vinculaciones perpetuas. Entre estos casos se incluirían los arrendamientos de cosas de duración indefinida, según tiene declarado reiterada jurisprudencia¹¹⁵. Existen ciertas propuestas de reforma del Código civil que incluyen expresamente esta facultad de desistimiento en los contratos de tracto sucesivo, como el art. 1121 de la Propuesta de modernización del Código civil

todo trance uno nuevo era un continuo riesgo a litigios. En el asunto resuelto por las SSAP Barcelona 270/2005, de 21 de abril (JUR 2005\172245) confirmada por la del TS 7694/2009 de 23 de diciembre (RJ 2010\400), curiosamente, la cláusula penal inicialmente prevista por las partes fue novada por un acuerdo, que hasta cierto punto suponía una moderación de la pena, y que recuerda un tanto a lo previsto en el artículo 1480 del Proyecto de 1851, en el que el arrendatario, planteada su intención de resolver el contrato de manera anticipada por la crisis económica que atravesaba, se comprometía a buscar, a través de expertos inmobiliarios, un arrendatario de reconocida solvencia que le sustituyera y a seguir pagando la renta y gastos hasta que se firmara el contrato con el sustituto.

¹¹³ El propósito del Proyecto de 1851, a juicio de MUCIUS SCAEVOLA, *cit.*, p. 428, no sería el de autorizar las locaciones a perpetuidad que existieron en Roma, sino evitar que por la no fijación de un tiempo preciso y concreto se pudiera aducir la inexistencia de arrendamiento. La exigencia del vigente Código la entiende más bien como una recomendación a los contratantes para que procuren fijar el plazo del arrendamiento en condiciones de poder precisar con certeza el momento de su extinción, pero no un requisito sustancial al contrato, como el del precio cierto.

¹¹⁴ «El arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos. El de tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas» (art. 1577). «En el caso de arrendamientos urbanos, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término» (art. 1581).

¹¹⁵ KLEIN, *op. cit.*, pp. 95 y ss. incluye en este grupo los contratos de sociedad (artículo 1700 CC), depósito (1775), comodato (1750), arrendamiento de servicios (1553) y el contrato de agencia (artículo 25 de la Ley 12/1992. Estudia la cuestión la STS 617/1017, de 20 de noviembre (R). 2017/5099, a propósito de un contrato de alimentos pactado de forma voluntaria: «La doctrina científica y la jurisprudencia han reconocido la facultad de desistir (...) como remedio por el que poner fin a una relación obligatoria de tracto sucesivo, muchas veces basada en la confianza, pero sobre todo que carece de un plazo de duración temporal, de manera que su duración sea indefinida, por no resultar su duración tampoco de la «naturaleza del negocio».

en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación en 2009 y el art. 526-3 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en el año 2017.¹¹⁶

Pero también en algunos casos el legislador, por motivos diversos, generalmente la protección al contratante más débil, otorgará ese derecho de desistimiento unilateral a una de las partes en contratos cuya duración está fijada en el contrato, como ocurre en el contrato de obra (1594 CC)¹¹⁷, en materia de derecho de consumo (así, por ejemplo, los artículos 68 y ss. LGDCU) o en favor del arrendatario, tanto de fincas rústicas como de vivienda¹¹⁸, supuesto que pasamos a analizar en el siguiente apartado.

5. LEGISLACIÓN ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS Y URBANOS. SITUACIÓN ACTUAL.

5.1. Situación anterior a la LAU de 1994

Las disposiciones especiales en materia de arrendamientos urbanos de principios del siglo XX fueron dictadas con el propósito de remediar un problema que se estimaba pasajero, el de la gran desproporción entre oferta y demanda de vivienda¹¹⁹, presentando, por tanto, un carácter transitorio e incompleto (así, por ejemplo, el Real Decreto de 21 de junio de 1920 y el Real Decreto Ley de 21 de diciembre de 1925, que fueron objeto de sucesivas prórrogas), y no contenían ninguna norma sobre el tema que nos ocupa. Es la Ley de Bases de 1946 sobre arrendamientos urbanos, ley que aspira a resolver con carácter permanente las cuestiones derivadas de la relación arrendaticia urbana, la que en el apartado 6 de la Base VII, que pasaría inalterado al artículo 75 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1947, al 56 de la Ley de 22 de diciembre de 1955 y el 56 de la Ley de 24 de diciembre de 1964, la encargada de introducir en nuestro ordenamiento la facultad, no prevista en el Código civil, del inquilino y del subarrendatario de desistir

¹¹⁶ También en el ámbito europeo las propuestas de unificación en materia de derecho de contratos suelen contener una mención a la extinción de contratos de tracto sucesivo por desistimiento unilateral; así sucede en el artículo III. 1:109 del DRAFT *Common Frame of Reference* (III-1:109: *Variation or termination by notice* (1) *A right, obligation or contractual relationship may be varied or terminated by notice by either party where this is provided for by the terms regulating it.* (2) *Where, in a case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. In assessing whether a period of notice is reasonable, regard may be had to the interval between performances or counter-performances*) y en el artículo 6:109 de los *Principles of European Contract Law* (PECL): «Contrato de duración indefinida– Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante un preaviso de duración razonable».

¹¹⁷ El Código también autorizaba en el artículo 1584 al criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado, a despedirse y ser despedido antes de expirar el término; pero, si el amo despide al criado sin justa causa, debía indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más

¹¹⁸ Podría añadirse el caso de determinados préstamos en los que se permite la cancelación anticipada del contrato (aunque se inserte luego la llamada cláusula de compensación por riesgo de tipo de interés).

¹¹⁹ GÓMEZ-REINO, A., «Consideraciones en torno al ordenamiento arrendaticio urbano, su ámbito de aplicación y la escasez de viviendas», *RGD* (76), 1951, p. 13.

voluntariamente del contrato (por tanto, no se dará este supuesto cuando el inquilino sea expulsado como consecuencia de un desahucio)¹²⁰, en los siguientes términos:

«Durante el plazo estipulado en el contrato el arrendatario o subarrendatario, sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta, y si antes de su terminación lo desaloja deberá notificar su propósito por escrito al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación por lo menos e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir»¹²¹

Resulta paradójico que estas leyes, en general tan protectoras hacia el arrendatario, hasta el punto de que ellas mismas consideran de orden público y, por tanto, irrenunciables, los derechos conferidos a inquilinos y subarrendatarios, por no hablar del régimen de prórroga forzosa en ellas contemplado, establezcan, en cambio, como importe de la indemnización por desalojo unilateral del arrendatario previo al plazo pactado, la totalidad de la renta correspondiente al plazo que queda por cumplir. En su tenor literal, estos preceptos suponen la vuelta al régimen establecido en el Derecho romano clásico (D. 19, 2, 24, 2 –*Paul. l. XXXIV ad ed.*–) y fueron duramente criticados por la doctrina.¹²²

Una corriente jurisprudencial, especialmente en una primera fase, consideró que la indemnización establecida por el artículo 56 había de ser aplicada en sentido literal¹²³.

¹²⁰ STS. de 3 de julio de 1990 (RJ 1990\5768), en la que el propietario, tras haber desahuciado por impago al arrendatario, pretendía cobrar las rentas pendientes hasta la expiración del contrato.

¹²¹ Ya en el Preámbulo de la Ley de Bases de 1946 se indica que «Los arrendatarios de vivienda o local de negocio deben respetar el plazo de duración pactado en el contrato y si lo incumplen, abonar justa indemnización» (BOE 1 de enero de 1947).

¹²² CASTÁN TOBEÑAS-CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, t. II, ed. Reus, Madrid, 1956, p. 213. Se señala que los términos tan absolutos con los que aparece fijada la indemnización hacen que haya de respetarse la norma en un sentido literal, siendo lo lógico que una vez que el arrendador comenzase a percibir la nueva renta, cesara el deber de indemnizar. Tampoco considera justa la cuantificación anticipada establecida por esta ley VALLADARES RASCÓN, E. «Resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio por ejercicio, por el arrendatario, de la facultad le confiere el art. 56 LAU», CCJC (23), 1990, p. 776 y ss. proponiendo interpretar el citado artículo en el sentido de entender que establece una presunción en favor del arrendador sobre el monto máximo de la indemnización, correspondiendo en su caso al arrendatario demostrar que los daños causados son inferiores; ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *Legislación de arrendamientos urbanos. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Trivium, Madrid, 1996, p. 589, si bien el mismo autor manifiesta que el precepto está introducido *en beneficio del arrendatario*, «que sin esta vía que la LAU le brinda venía abocado a seguir usando la cosa arrendada y abonando su renta, con la posibilidad de que si la abandonaba antes del plazo pactado, no solamente podría ser obligado a satisfacer las rentas hasta el momento final de vigencia del contrato, sino también los daños y perjuicios de toda clase que ese eventual desalojo hubieren podido producir al arrendador». De ahí que considere que, si bien el arrendador puede renunciar válidamente a los beneficios del precepto (indemnización y necesidad de preaviso) no será válida la renuncia anticipada al derecho de desistir por el arrendatario (en igual sentido, sobre el carácter irrenunciable del derecho a desistir, FUENTES LOJO, *Suma*, cit., p. 643).

¹²³ Así discurren algunas sentencias tanto de las Audiencias Provinciales (cfr. S.A.T. de Madrid de 18 de noviembre de 1957, que insiste en que la cuantía de los perjuicios no se medía por la extensión de aquellos, sino que estaba fijada taxativamente por el legislador; AP Oviedo de 1 de julio de 1993 –AC 1993\1441–, que considera que no concurrían especiales razones para moderar la pretensión indemnizatoria, al no haberse acreditado un nuevo arrendamiento del piso ni su utilización por la propietaria; AP de Girona 198/1998 de 12 de mayo –AC 1998\2–, que considera irrelevante la venta a los seis meses de resuelto el arrendamiento) como del Tribunal Supremo: SS. TS 1091/1992, de 30 de noviembre (RJ

No obstante, y de modo análogo a como los compiladores justinianeos moderaron esta indemnización a la medida del importe del perjuicio efectivamente causado al arrendador, procedieron los tribunales españoles a moderar el alcance del comentado precepto, tratando de evitar el enriquecimiento injusto que se produciría si el arrendador, por un lado, cobraba la totalidad de las rentas que se hubieran devengado hasta el vencimiento del contrato y, de otro, recibía las rentas procedentes del nuevo inquilino. En unos casos se aplicó analógicamente la facultad judicial de moderación de la pena del artículo 1.154 CC¹²⁴, en otras se recurrió a la aplicación analógica del artículo 11.2 de la LAU a efectos de fijar el *quantum* indemnizatorio¹²⁵ y otras, en fin, establecieron una regla de ponderación según las circunstancias del caso, acudiendo al mismo criterio en su día expresado en el Digesto y utilizado ya desde los postglosadores, como el hecho de que el arrendador haya podido explotar el inmueble concertando un nuevo arrendamiento en condiciones satisfactorias o la inexistencia de circunstancias que hagan prever una especial dificultad en concertar un nuevo arrendamiento¹²⁶.

Por último, resta señalar que el RD. Ley 2/1985 de Medidas de Política Económica, de 30 de abril, declara vigentes, en lo no expresamente derogado, las disposiciones de la LAU de 1964, entre las que figuraría, precisamente, el artículo 56.

5.2. La LAU de 1994

5.2.1. Arrendamientos de vivienda

La situación anteriormente descrita cambia tras la entrada en vigor de la Ley 24/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. La ley parte de un tratamiento diferenciado de los arrendamientos de vivienda y los celebrados para un uso distinto. Respecto a los primeros, en su redacción original, el artículo 11, tratando de conjugar los intereses del arrendatario, al que se permitía desistir unilateralmente del contrato, con los del arrendador, ante los eventuales perjuicios que tal decisión pudiera acarrearle, rezaba así:

1992/9456); 179/1995, de 28 de febrero (RJ 1995/2777); 101/1996, de 13 de febrero (RJ 1996\1249), entre otras. También algunas sentencias más recientes aplicaron la indemnización del artículo 56 LAU sin efectuar moderación alguna (así, la SAP Madrid 136/2006 de 17 de marzo –JUR 2006\148827 condenó a pagar todas las rentas hasta la finalización del contrato a un arrendatario que había desistido en el año 2000 de un contrato celebrado en 1994 por un período de diez años, si bien hay que señalar que el local no se había vuelto a alquilar).

¹²⁴ S.A.P. de Oviedo de 12 de junio de 1989 (AC Audiencias, 122), STS 72/2006, de 3 de febrero (RJ 2006/823). En ella se considera irrelevante el hecho de que la arrendadora hubiera arrendado nuevamente el local tras el desalojo.

¹²⁵ STS 388/2004, de 29 de mayo (RJ 2004\2710).

¹²⁶ STS 594/1993, de 15 de junio (RJ 1993\4835), que por otra parte declara aplicable el artículo 56 de la LAU a contratos en período de prórroga convencional, negando en cambio que estén sujetos a él los contratos en situación de prórroga forzosa –en este sentido se expresa también FUENTES LOJO, *Novísima suma* ...cit., p. 1309-; SS.TS. 26/1996 de 25 de enero (RJ 1996\318); 262/1999, de 25 de marzo (RJ 1999\1864); 490/2001, de 23 mayo (RJ 2001\6472); 1141/2007, de 30 de octubre (RJ 2007\8262); y 186/2010 de 18 de marzo (RJ 2010\2404) entre otras.

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

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

Es decir que, según el legislador de 1994, para los arrendamientos de vivienda se reconocía un derecho de desistimiento unilateral del arrendatario en los contratos celebrados por período superior a cinco años, habiendo transcurrido al menos ese período. Se establecía un deber de preaviso de dos meses (a diferencia del artículo 56 de la LAU de 1964, no se exige que haya de ser *por escrito*) y una limitación en el importe que podía establecerse en la cláusula penal: el de una mensualidad de renta por cada año del contrato que restase por cumplir (o la parte proporcional a esta cantidad en periodos de tiempo inferiores al año). Ha de entenderse que las partes no pueden pactar una indemnización superior a la expresada en el precepto transcrito, ni tampoco renunciar a la facultad de desistimiento del inquilino, porque ello sería un pacto perjudicial para el arrendatario, prohibido por el artículo 6 de la ley¹²⁷. Si no se pacta la indemnización prevista en el artículo 11, parece claro que el arrendatario no tendrá porqué abonarla¹²⁸.

En el caso de producirse un desistimiento anticipado en contratos con duración pactada inferior a cinco años, la doctrina es prácticamente unánime al considerar que habría de recurrirse al régimen común en caso de desistimiento, es decir, entender que se había producido un incumplimiento contractual que daba derecho al arrendador a optar entre el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, con indemnización, en ambos casos, de daños y perjuicios, según reiterada jurisprudencia (salvo que las partes hayan introducido en el contrato una facultad de desistimiento unilateral del arrendatario con anterioridad a esos cinco años). Se recuerda que no se puede aplicar por analogía la LAU de 1994, al no poderse prescindir de la distinción introducida por el legislador entre contratos de más de cinco años y de menos de dicho periodo¹²⁹.

La cláusula penal, en esos casos, no tendría por qué respetar el límite del artículo 11. Sería válida, por tanto, una cláusula penal que efectúe una determinación previa

¹²⁷ En igual sentido, CABALLERO GEA, J.A. *Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 129; CARRASCO PERERA, A. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Artículo 11*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 238; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Artículo 11», *La nueva LAU*, Guilarte Gutiérrez, (dir.), Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 131 y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *Legislación de arrendamientos urbanos. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1996, p. 271.

¹²⁸ En este sentido ALBÁCAR, *op. cit.*, p. 271 y ESTRUCH, J., «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», *RCDI* (719), 2010, p. 992. En contra, GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 132, que considera que debe superarse la literal de la norma y considerar que se trata de una norma imperativa en el sentido de que aun a falta de pacto, la indemnización máxima que deberá abonarse por el inquilino es la que el precepto contempla.

¹²⁹ Cfr., por ejemplo, SAP Tarragona 370/2010, de 9 de noviembre (AC 2011/123); SAP Barcelona 429/ 2015, de 21 de diciembre (RJ 2016\47649). En algunos supuestos se ha alegado la STS de 20 de mayo de 2004, pero se recuerda que tal sentencia realiza una aplicación analógica del artículo 11 LAU únicamente en relación a arrendamientos para uso distinto de vivienda, no a contratos de vivienda de menos de cinco años de duración.

de los daños y perjuicios en la cantidad equivalente a dos mensualidades de renta¹³⁰, o que se hiciera extensiva al importe de todas las mensualidades que falten hasta llegar al término del contrato¹³¹, aunque los tribunales podrían hacer uso de su facultad moderadora¹³². Si nada se pactó, se podía reclamar el daño emergente (gastos que se han tenido por razón del arrendamiento) y el lucro cesante (cuantía de las rentas que debía cobrar hasta finalizar el tiempo de duración del contrato, excluyendo el enriquecimiento injusto si el inmueble es alquilado de nuevo).

Este artículo ha sido reformado mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, pasando a tener la siguiente redacción:

«El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización»

Puede observarse como la reforma de 2013 ha supuesto, en este punto, un cambio claramente favorable al inquilino, que aparece como compensación por otros cambios introducidos en la ley, como la relajación de los requisitos de la denegación de prórroga por necesidad o la reducción de la duración mínima del contrato de cinco a tres años¹³³. En primer lugar, se le reconoce la facultad de desistimiento unilateral con independencia de la duración del contrato, exigiéndose tan solo que hayan transcurrido seis meses, mientras que con anterioridad no se reconocía en arrendamientos de duración inferior a los cinco años. En segundo lugar, el plazo para realizar el preaviso baja de dos meses a treinta días. El importe de la indemnización al arrendador, caso de haberse esta pactado, eso sí, se mantiene igual: una mensualidad de renta por cada año del contrato que reste por cumplir, o la parte proporcional de esta indemnización para periodos de tiempo inferiores al año.

¹³⁰ SAP Guadalajara 151/2017 de 30 de junio (JUR\2017\230768)

¹³¹ SAP Barcelona 429/2015 de 21 de diciembre (JUR\2016\47649). Hay que tener en cuenta que, en este caso, el contrato se había pactado únicamente por un año (con la posibilidad de prórroga de los artículos 9 y 10 de la LAU).

¹³² SAP Madrid de 24 de noviembre (JUR 2002\60957).

¹³³ En general la reforma en este punto no ha sido acogida de forma favorable por la doctrina, que considera que no favorece los intereses de los arrendatarios ni de los arrendadores. Respecto a los primeros, observa CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 396, seguido BLANCO CARRASCO, M., *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013* Reus, Madrid, 2014, p. 107, y GONZÁLEZ CARRASCO, que, al establecerse este derecho de desistimiento por el arrendatario como irrenunciable, ningún inquilino podrá convencer a un propietario para obtener condiciones más ventajosas en base a que desean comprometerse a un arrendamiento a largo plazo. Respecto a los segundos, GARCÍA ABURUZA, M.P., «¿Inadecuada regulación del desistimiento arrendaticio urbano?», *Revista Aranzadi Doctrinal* 5/2014, p. 50 califica directamente el plazo de seis meses como de «irrisorio», y critica la desigualdad que se introduce en un contrato en el que destaca, el arrendador ya no responde en los tiempos actuales a la figura de un gran capitalista, sino a la de un ahorrador que busca un complemento a sus ingresos.

Si el arrendatario abandona el bien antes del período de los seis meses, entendemos que sería de aplicación el criterio, anteriormente expuesto, en relación a los arrendamientos de vivienda de duración inferior a cinco años concertados antes de la reforma de 2013, y que, en consecuencia, habrá de abonar al arrendador las rentas que falten hasta completar dichos períodos, salvo que se hubiere pactado en el contrato una indemnización diferente¹³⁴.

Hay que tener en cuenta que el ejercicio del desistimiento puede tener consecuencias para terceros. En el caso de que el afectado sea el cónyuge del arrendatario o la pareja con la que convive *more uxorio*, establece el artículo 12 de la LAU de 1994 un derecho de subrogación en la relación arrendaticia¹³⁵. Con relación al subarrendatario, el derecho de desistimiento procede aunque la vivienda esté subarrendada, aunque en tal caso el subarrendatario, que ve como se extingue su derecho *ex* artículo 8.2 de la Ley, podrá reclamar al arrendatario¹³⁶.

5.2.2. Arrendamientos para uso distinto de vivienda

A diferencia del artículo 56 de la LAU de 1964, aplicable tanto a arrendamientos de vivienda como de locales de negocio, nada dice la actual ley, ni antes ni después de la reforma de 2013, con relación a los *arrendamientos para uso distinto de vivienda*. En consecuencia, no se contempla para este supuesto la existencia de una facultad de denuncia unilateral por parte del arrendatario, habiendo de aplicarse, entonces, el régimen común. Hay que tener en cuenta que la ley de 1994 parte, en su regulación, según declara en su preámbulo, «de una clara diferenciación de trato en los arrendamientos de vivienda y los destinados a cualquier otro uso, por entender que las realidades económicas subyacentes son sustancialmente distintas y merecedoras, por tanto, de sistemas normativos disímiles que se hagan eco de esa diferencia». Los tribunales han declarado reiteradamente que el artículo 11 de la LAU no es aplicable por analogía, por lo que habrá de estarse, en estos casos, a la voluntad de las partes expresada en el contrato, y en su defecto, al régimen general del Código civil, que, como regla general y al amparo de los artículos 1256, 1.258 y 1.101, no establece el derecho de desistimiento unilateral en los contratos que fijan un tiempo de duración determinado, correspondiendo enton-

¹³⁴ En igual sentido, MARTÍN CONTRERAS, L., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2013, p. 192, DE VERDA, J. – CHAPARRO, P., «Crónica jurisprudencial sobre el arrendamiento urbano», *Rev. Boliv. de Derecho*, 22, 2016, p. 351 (exceptuando quizá que el desistimiento tuviera lugar inmediatamente después de la conclusión del contrato). En contra, considera BLANCO CARRASCO, cit., p. 110, que el artículo 11 en su actual redacción regula la posibilidad de una resolución del contrato, pero estableciendo una indemnización por dicha resolución, que no puede ser igual al cumplimiento íntegro de la obligación, y que en este caso se ha cifrado en una mensualidad de renta por cada año que queda por cumplir. Pero entendemos que el segundo inciso del artículo «las partes podrán pactar en el contrato que, *para el caso de desistimiento...*» ha de aplicarse solo cuando ese desistimiento sea posible, es decir, una vez pasados los seis meses. No es lógico que una norma establezca un requisito como obligatorio (transcurso de seis meses) y prevea luego las mismas consecuencias para el caso de que el requisito resulte incumplido.

¹³⁵ Artículo 12.1: «Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge».

¹³⁶ CARRASCO PERERA, *Comentarios a la LAU*, Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 240.

ces al arrendador la facultad de optar entre la resolución del contrato o pedir su cumplimiento, con el abono de daños y perjuicios en ambos casos. Por otra parte, nada impide que las partes pacten una pena para el caso de abandono unilateral antes del transcurso del tiempo pactado.

El Alto Tribunal, que ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente en varias sentencias sobre el problema del desistimiento unilateral del arrendatario de local de negocio, ha sistematizado los casos ante él planteados del siguiente modo¹³⁷:

1. *Casos en los que existe en el contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de resolver (rectius: desistir unilateralmente) el contrato, quedando obligado a pagar al arrendador una determinada cantidad de dinero (multa penitencial).* El examen de la jurisprudencia revela que cuando la pena no es muy elevada (por ejemplo, tres meses de renta, un mes de renta por año que quede hasta la llegada del término estipulado, incluso una anualidad de la renta vigente) los tribunales suelen aplicarla¹³⁸, pero en caso contrario, cuando la multa penitencial equivale a la totalidad de las rentas pendientes hasta el cumplimiento del plazo obligatorio o la finalización del contrato, los tribunales suelen moderar equitativamente la pena, en especial si el inmueble se volvió a alquilar¹³⁹. En numerosas ocasiones se recurre al módulo de cál-

¹³⁷ SS.T.S. 539/2017 de 3 de octubre (RJ\2017\4871), 297/2017 de 16 de mayo (RJ\2017\2308) y 183/2016 de 18 de marzo (RJ\2016\852). En todos ellos se trata de arrendamientos de locales de negocio concertados con un plazo de duración determinada (a cinco o diez años) poco antes del estallido de la crisis provocada por la burbuja inmobiliaria, y en la que los arrendatarios, al no ser capaces de cumplir sus obligaciones, deciden desistir anticipadamente del contrato. La solicitud de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* suele ser desestimada, aun reconociendo en ocasiones la dificultad del cumplimiento. Sí se aplicó esta cláusula, sin embargo, en la STS 591/2014 de 15 de octubre (RJ 2014\6129), en relación a un arrendamiento de hotel por veinticinco años, siendo los diez primeros de obligado cumplimiento. El Alto Tribunal se hizo eco del cambio en la apreciación jurisprudencial de la mencionada cláusula, verificada sobre todo a partir de la STS 333/2014, de 30 de junio (RJ 2014\3526), antes considerada como «peligrosa», de «cautelosa admisión» y requiriendo para su apreciación una «alteración extraordinaria», una «desproporción desorbitante» y «circunstancias radicalmente imprevisibles». En el caso concreto, estimó que el contexto económico del momento de la celebración y puesta en ejecución del contrato (1999-2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda formó parte de la base económica del negocio, y que, pese a ser la arrendataria una empresa relevante en el sector, no se le puede imputar en exclusiva la falta de previsión de la crisis económica, de excepcional imprevisibilidad y crudeza, capaz de provocar en el sector unas caídas de hasta el 42,3%. En consecuencia, procede a reducir la renta un 29% durante el período considerado especialmente afectado por la alteración de las circunstancias, considerando que esa modificación contractual se corresponde con el *favor contractus* y con la naturaleza del contrato celebrado, un arrendamiento de larga duración. La SAP de León 247/2014 de 11 de diciembre (JUR 2015\49395) entiende que las alegaciones no han de referirse a los resultados de la explotación del negocio, sino a la explicación de la quiebra de las bases económicas en las que se sustenta la actividad, por ello lo relevante no es que el arrendatario tenga mejores o peores resultados, sino que la actividad a la que se dedica (en este caso la hostelería) haya tenido una profunda recesión.

¹³⁸ STS 571/2013 de 27 de septiembre (RJ 2013\6404); SAP Orense 189/2014 de 21 de mayo (JUR 2014\212597), SAP Barcelona 525/2013, de 4 de octubre (JUR 2013\356039). En la SAP Barcelona 20/2016 de 29 de enero (JUR 2016\97709) no obstante, se redujo el importe previsto en la cláusula (un mes de renta por anualidad pendiente, más dos meses si no se respetaba el preaviso), que en el caso ascendía a ocho meses de renta, atendiendo a que la renta era alta, que había sido siempre puntualmente pagada y que la propia arrendadora había pasado a explotar directamente el local tan solo cinco meses después del desalojo.

¹³⁹ STS 300/2014 de 29 de mayo (RJ\2014\3177); SAP Burgos, 705\2000 de 13 de noviembre

culo establecido por el artículo 11 de la LAU para los arrendamientos de vivienda (un mes de renta por cada año que falte por cumplir)¹⁴⁰. A veces se establece, a modo de cláusula de penalización en caso de extinción anticipada del contrato, que el arrendador hará suyo el importe de las cantidades entregadas en concepto de fianza¹⁴¹.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que para algunas Audiencias Provinciales no es suficiente con haber pactado una cláusula penal para el caso del abandono unilateral del arrendatario, sino que es necesario, además, demostrar la existencia de daños y perjuicios como consecuencia de tal desistimiento¹⁴².

Finalmente, sobre la cuestión planteada en el apartado correspondiente al Derecho romano en relación a la posibilidad de reclamar los daños que excedan de la pena, en principio debe entenderse que tal posibilidad solo existe si así se pactó expresamente, por aplicación del 1.152 CC («En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, *si otra cosa no se hubiere pactado*»)¹⁴³. En cambio, esta posibilidad no se daría en los arrendamientos de vivienda, pues la indemnización en este caso tiene el tope señalado por el artículo 11, aunque el perjuicio ocasionado sea mayor¹⁴⁴.

2. *Casos en los que dicha cláusula no existe y el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato*, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato. Ahora bien, nuestros tribunales no siempre aplican el mismo criterio a la hora de fijar la cantidad que debe satisfacer el arrendatario. A veces se ha condenado pagar una indemnización equivalente a un mes de renta por año que quede para finalizar el plazo pactado, siguiendo el criterio del artículo 11 LAU de 1994¹⁴⁵. Otras veces se condena al arrendata-

(JUR\2001\29971). La SAP de Cádiz 268/2014 de 27 de febrero (JUR 2014\123328), que entiende, en principio, aplicable la cláusula por la que se imponía una indemnización por desistimiento unilateral equivalente a las rentas restantes hasta la finalización del contrato, sin embargo, deduce de esta cantidad el importe del nuevo arrendamiento concertado por el arrendador, dejando la cuantificación de la condena para la ejecución de sentencia.

¹⁴⁰ SAP Valencia 324/2014 de 21 de noviembre (JUR 2015\95463); AP Barcelona 74/2015 de 19 de febrero (JUR \2016\70881)

¹⁴¹ SAP Málaga 272\2013 de 29 de mayo (AC\2013\1483). La SAP de Granada 373/2016 de 28 de octubre (AC 2016\2331) considera que, pese a no poder ser calificada de abusiva al no encontrarnos en un contrato con un consumidor, sí produce un desequilibrio contractual la cláusula por la que se faculta al arrendador a retener la fianza hasta encontrar a un nuevo arrendatario, lo que infringe además el 1.256 CC, máxime cuando se produjo una imposibilidad sobrevenida al perder el arrendador el dominio sobre el local.

¹⁴² STS 221/2012 de 9 de abril (RJ 2012\8986) y las que cita; SAP Girona 157/2017 de 18 de abril (JUR\2017\27224).

¹⁴³ Para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia se han de añadir a esta posibilidad los supuestos de incumplimiento doloso del deudor. Cfr. DÁVILA, *op. cit.*, p. 358, y la jurisprudencia allí citada. En igual sentido, ESPÍN ALBA, I., *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.114 considera que, en casos de incumplimiento doloso del deudor, el acreedor podrá pedir la nulidad de la cláusula que le resultó abusiva; para los casos de incumplimiento culposo propone – a pesar de ser consciente de las dificultades de su apreciación en la práctica– la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁴⁴ ESTRUCH, *op. cit.*, p. 991.

¹⁴⁵ STS 388/2004, de 20 de mayo (RJ\2004\2710); SAP Madrid 549/2012 de 28 de noviembre (JUR 2013\14191).

rio a pagar las rentas que vayan venciendo hasta la sentencia, como ha hecho el Tribunal Supremo en varias sentencias recientes (SS. 183/2016 de 18 de marzo-RJ\2016\852-, 539/2017 de 3 de octubre –RJ\2017\4871– y 297/2017 de 16 de mayo-RJ\2017\2308-). La pretensión de cobrar las rentas correspondientes al periodo de tiempo que queda por cumplir no constituye un supuesto de abuso de derecho, según afirma la STS 597/2011, de 20 de julio (RJ/2011/6129)¹⁴⁶.

3. *El tercer grupo vendría constituido por el de aquellos casos en los que dicha cláusula (penal) tampoco existe, pero el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento y el arrendador acepta o acaba por aceptar la resolución del mismo, reclamando indemnización de los daños y perjuicios provocados por la resolución*¹⁴⁷. A veces entran los tribunales a valorar la conducta de las partes, por ejemplo, si el desistimiento del arrendatario fue absolutamente injustificado, si la arrendadora con su negativa a aceptar la posesión del local retrasó la posibilidad de concertar un nuevo arrendamiento que hubiera minimizado los daños, etc.¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Declara el Alto Tribunal que «se ejerce el derecho, con reconocimiento constitucional, a obtener de los órganos judiciales un pronunciamiento... sobre la acción que afirma ostentar, con el objetivo de poner término a una situación jurídica de desconocimiento de los derechos económicos derivados de un contrato de arrendamiento resuelto por la sola voluntad del arrendatario antes del vencimiento del término pactado. Concorre a su favor una *iusta causa litigandis* (...) que excluye todo abuso de derecho, pues no se ha probado la intención de dañar, ni la falta de un interés legítimo, ni de una conducta de mala fe o contra la función social del derecho instado, cuyos límites normales aparecen respetados».

¹⁴⁷ STS 1089/2007 de 10 de octubre (RJ 2007\6487); STS 6120/2012, de 9 de abril (RJ 2012/8986), la cual, para evitar un enriquecimiento injusto y teniendo en cuenta que la arrendataria no había llegado a gozar de la posesión de los locales arrendados (por estar pendiente de la concesión de unas licencias), entiende que la indemnización adecuada será la equivalente a ocho mensualidades de renta, que fue el período transcurrido hasta que la arrendataria notificó su intención de dar por resuelto el contrato, más un mes de renta por año que faltase para cumplir el período obligatorio del contrato, pues «establecer una equivalencia entre los perjuicios económicos futuros con el importe íntegro de la renta dejada de percibir durante los seis años establecidos para la vigencia mínima del contrato –presumiendo implícitamente que el bien arrendado no pudo ser objeto de explotación económica alguna durante esos años– significa desconocer la racionalidad económica de la posibilidad de que la arrendadora concertase un nuevo arrendamiento»; S.A.P. Badajoz 2/2015, de 12 de enero (JUR 2015\483769) que afirma que lo que correspondería en rigor como indemnización por daños y perjuicios sería el pago de la totalidad de la renta pendiente hasta la conclusión de la vigencia del contrato; pero en aras de la equidad se modera a dos meses de renta por anualidad pendiente.

¹⁴⁸ Así ocurrió, por ejemplo, en la SAP Valencia 249/2014, de 11 de septiembre (JUR 2015\52453), en la que se comenzaba pidiendo el cumplimiento del contrato, pero se acabó pidiendo su resolución por desistimiento. En el caso concreto, la sentencia concede cinco meses de renta por anualidad pendiente hasta la finalización del contrato (hasta un total de veinticuatro), cantidad que coincide con las rentas correspondientes hasta la firmeza de la sentencia de instancia que se reclamaban (pero sin incluir las pendientes hasta la de apelación o el fin del contrato). En esta línea, MAGRO SERVET, «El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la LAU», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3/2013), considera conveniente tener en cuenta también las razones alegadas para el inquilino para abandonar el inmueble, sobre todo cuando existen «causas justificadas» (pérdida del puesto de trabajo, acumulación de deudas que haga imposible afrontar el pago de las rentas...) valorando en su caso la honestidad de su postura (entregando las llaves de modo que el arrendador pueda recuperar la posesión del inmueble en lugar de dejar de pagar la renta sin más, obligando a ir a un juicio de desahucio).

El problema en la práctica residirá en determinar si se ha producido o no aceptación de la resolución del contrato. A tal efecto, la STS 483/2004, de 9 de junio (RJ 2004\4743) afirmó que «cuando el modo corriente de proceder determina el deber de hablar, si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe». La más reciente STS 597/2011, de 20 de julio (RJ 2011\6129) declara que «se necesita algo más que el silencio o la recepción de las llaves para considerar aceptada la resolución unilateral en este sentido». El Tribunal no entiende estar modificando su doctrina anterior, sino que simplemente considera que en el caso concreto «no existen elementos probatorios, exclusión hecha de la simple recepción de la comunicación y de las llaves por la arrendadora, que acrediten que la demandante prestase su consentimiento para resolver el contrato», frente al supuesto contemplado en la sentencia de 2004, en la que la conclusión se alcanzó valorando también actos posteriores del arrendador, como fueron la inserción de anuncios y la petición de permiso al arrendatario para que posibles interesados visitaran la vivienda¹⁴⁹. En todo caso, hay que tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia, la aceptación de las llaves y la recuperación de la posesión o el inicio de gestiones para la venta del local o para concertar un nuevo arrendamiento, no suponen una renuncia del derecho del arrendador a obtener una indemnización por los daños y perjuicios originados por el incumplimiento¹⁵⁰. En alguna ocasión ha ocurrido que, entendiendo el arrendatario que la resolución del contrato ha sido aceptada, éste demanda por el importe de la fianza, pero triunfa la reconvencción de la otra parte, que no considera aceptado el desistimiento unilateral del arrendatario, y solicita la condena al pago de las rentas que faltan para completar el plazo contractual pactado¹⁵¹.

Hay que tener en cuenta, finalmente, en la materia que nos ocupa, la posible incidencia de la legislación concursal, por cuanto el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de

¹⁴⁹ Para las SS.J.P.I. de Bilbao 38/2013, de 14 de febrero (JUR\2016\11320), AP Burgos 355/2003 de 2 de septiembre (JUR 2004\47151), AP Baleares 200\2006 de 23 de mayo (JUR 2006\195554) y AP La Coruña 322/2010 de 30 de julio (JUR 2010\363120) la recuperación de la posesión y el inicio de gestiones con terceros a efectos del alquiler del local, implica la aceptación de la resolución, lo que tiene como consecuencia que la obligación de pago de la renta debe alcanzar hasta el momento en que el arrendador toma posesión del local y a ponerlo de nuevo en alquiler, sin que ello suponga renuncia a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del arrendatario. En los supuestos resueltos por las SSTs de 16 de mayo y 3 de octubre de 2017, antes citadas, en las que el arrendador solicitaba el cumplimiento del contrato, la negativa a aceptar el desistimiento fue muy clara: en el primer caso ni se recogieron las llaves depositadas en la Notaría, ni se devolvió la fianza, y en el segundo, a esta negativa se unió la respuesta en todas las comunicaciones que se debían seguir pagando las rentas pactadas, e incluso, el convenio de colaboración suscrito con una inmobiliaria se supeditó a que el nuevo alquiler lo autorizara el antiguo arrendatario y se llegara a un acuerdo con este.

¹⁵⁰ STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\6487). La STS 571/2013 de 27 de septiembre (RJ 2013\6404), afirma que la concurrencia material del arrendador a la restitución del bien (incluso siendo redactado el documento de formalización de la entrega de las llaves por un representante del arrendador) no implica más que la aceptación de la restitución del bien, sin que quepa deducir la renuncia a otros derechos, facultades o acciones dimanantes del contrato, como la indemnización por desistimiento anticipado. En igual sentido, STS 316/2000 de 30 de marzo (RJ 2000\1785); AP Cantabria 464/2013, de 4 de octubre (AC 2013\2262); AP 202/2012 de Barcelona, de 29 de marzo; (JUR 2012\264753), entre otras. A juicio de ESTRUCH, *op. cit.*, p. 997, si el arrendador pudiera acreditar que, pese a aceptar la entrega de la posesión no mostró su conformidad con el desistimiento del arrendatario, podría reclamar el lucro cesante (rentas dejadas de percibir por el desistimiento y hasta el tiempo en que se tarde en volver a arrendar).

¹⁵¹ SSTs 297/2017 de 16 de mayo (RJ\2017\2308) y SAP. Barcelona de 21 de diciembre de 2001 (JUR 2002/850454).

julio, concede al concursado o a la administración concursal, la facultad de solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso¹⁵². En rigor, según declaran nuestros tribunales, no se trata de una facultad de desistimiento unilateral, sino de un derecho exclusivo del concursado, «que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la conveniencia del interés del concurso»¹⁵³.

5.3. Otros arrendamientos

Para concluir este examen del derecho vigente, hay que tener en cuenta que el artículo 24.d) de la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos contempla un derecho de desistimiento unilateral del arrendatario¹⁵⁴, no previsto en la anterior Ley de 1980¹⁵⁵, aunque sí en el artículo 28.3 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las

¹⁵² Art. 61.2. «La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa (...) Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización».

¹⁵³ SS. AP Barcelona 397/2013 de 4 de noviembre (JUR\2014\9388). La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (que negaba cualquier indemnización por resolución anticipada del contrato) por entender que la conformidad mostrada por el arrendador a la resolución del contrato en el marco de un incidente del art. 61.2 de la Ley Concursal no convertía en «bilateral» el desistimiento; pero modera la cláusula resarcitoria fijada en el mismo (la cuantía correspondiente a la totalidad de las rentas pendientes hasta la fecha de expiración del contrato), pues una indemnización de tal entidad defraudaría el interés del concurso. En consecuencia, decide aplicar los criterios del artículo 11 de la LAU, introduciendo un factor de corrección a la baja, atendido el importe de la renta y lo prolongado del plazo de duración del contrato (diez años).

¹⁵⁴ La doctrina no ha acogido de forma favorable esta medida, al no verse clara su finalidad y ser contraria a los principios generales de la contratación. CABALLERO LOZANO, J.M., (coord.) *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2006, pp. 417-418). Entiende la citada autora, no obstante, que el arrendatario puede renunciar válidamente a la facultad de desistimiento, al menos transcurrido el plazo legal.

¹⁵⁵ Con anterioridad a la ley de 2003, la SAP de Girona 99/2000 de 17 de febrero (ROJ 231/2000) había aplicado el artículo 11 de la LAU analógicamente a un arrendamiento rústico en el que el arrendatario desistió doce años antes de la fecha prevista para su expiración en el contrato. Critica esta sentencia Álvarez Álvarez, H., «Comentario al artículo 11», en *La ley de Arrendamientos Urbanos. Doce años después*, Llamas Pombo (coord.), La Ley, Madrid, 2007, p. 216, en el sentido de que, puestos a hacer una aplicación analógica, hubiera sido preferible establecer una indemnización equivalente a las rentas correspondientes a un año agrícola, al haber omitido el deber de preaviso, acudiendo para ello al artículo 28.3 de la Ley de 1995, que, si bien solo era aplicable a contratos posteriores a su entrada en vigor, sin embargo, se refería al supuesto de los arrendamientos rústicos, y no a las viviendas, como la LAU.

Explotaciones Agrarias (hoy derogado), que, a diferencia de lo prevenido en la LAU, no establece indemnización alguna en favor del arrendador, estableciéndose como único requisito el deber de preaviso de un año:

«El arrendamiento termina: d) Por desistimiento unilateral del arrendatario, al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación».

En este ámbito hay que tener en cuenta la legislación civil especial de ciertas comunidades autónomas. Así, el artículo 623-13.3 del Código civil catalán, en relación a los arrendamientos rústicos, que deben tener una duración mínima de siete años según el apartado primero, dispone que el arrendatario puede renunciar a la duración mínima del contrato o de la prórroga y abandonar el cultivo de la finca al final de cada año agrícola si notifica esta voluntad al arrendador al menos con seis meses de anticipación. También el artículo 46 de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias de la Comunidad Valenciana, califica de desistimiento unilateral del arrendamiento el ejercicio del derecho de recuperación (esta vez en favor del arrendador, que puede recabar para sí el cultivo de la finca, con obligación de cultivarla de forma directa durante diez años, debiendo ser comunicado dicho desistimiento de forma fehaciente al arrendatario o arrendataria antes de la terminación del año agrícola inmediatamente anterior a aquél en que deba tener efecto, y en todo caso, con el plazo mínimo de seis meses, y con el ofrecimiento de la oportuna indemnización). Finalmente, el artículo 86 de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares, da derecho a ambas partes de la explotación «a mayoral», convenio agrícola parciario pactado en cualquier forma entre el propietario y el cultivador o mayoral, a proceder a la resolución del contrato, dando a la otra el «desvís» o preaviso fehacientemente con dos testigos, según la costumbre. Para hacerlo tiene tiempo hasta las veinticuatro horas del último día del año en curso, y el cultivador dejará libre y expedita la finca a las doce horas del día veinticuatro de junio del año siguiente.

Por último, y abandonando ya el ámbito de la *locatio conductio rei*, habrá que tener en cuenta la normativa de Derecho laboral en relación con la extinción del contrato de trabajo, cuyo origen remoto se halla en la *locatio conductio operarum* del Derecho romano¹⁵⁶.

6. CONCLUSIONES

Al examinar la evolución legal de esta forma de extinción del contrato desde sus inicios, puede comprobarse cómo, en las distintas etapas históricas, para establecer el importe de la indemnización que debe satisfacer el arrendatario cuando desaloja el bien arrendado antes del tiempo pactado, se oscila siempre entre los dos criterios correspondientes a estas distintas etapas del Derecho romano: el de las rentas que faltan hasta que finalice el contrato, ateniéndose rigurosamente al principio *pacta sunt servanda* (derecho clásico), y el de moderar el alcance de la indemnización al daño efectivamente causado al arrendador (derecho justiniano). Una solución original era la establecida en algu-

¹⁵⁶ En este sentido, el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores dispone que el contrato de trabajo se extinguirá: «por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar».

nos fueros municipales españoles de la Edad Media: encontrar un subarrendatario que ocupe el lugar del arrendatario durante el tiempo pendiente de contrato.

En determinados momentos históricos el legislador concede a una o a las dos partes la facultad de desistir del arrendamiento antes del transcurso del tiempo pactado, siendo, en ocasiones, tal desistimiento absolutamente libre (como ocurría en el derecho postclásico dentro del primer año de contrato, en el que no se establecía indemnización alguna) mientras que en otras se establece un deber de preaviso o la obligación de satisfacer una determinada indemnización.

En la actualidad, este último sistema es el que encontramos en nuestro país en relación al arrendatario en los arrendamientos de vivienda, siempre que hayan transcurrido seis meses de contrato, estableciéndose únicamente un deber de preaviso de treinta días y con la posibilidad de pactar una indemnización cuya cuantía limita la ley; en otros supuestos previstos en la legislación de arrendamientos rústicos o en el derecho de algunas Comunidades Autónomas se contempla únicamente la necesidad de preaviso. Por lo que se refiere a los arrendamientos de local de negocio, en los que la ley no ha conferido ese derecho de desistimiento, el desalojo antes del tiempo pactado se considera incumplimiento, aunque los criterios seguidos por nuestros tribunales a la hora de fijar el importe de la correspondiente indemnización en los distintos tipos de casos planteados, son, a veces, variables.

ABSTRACT: This paper analyzes the consequences derived from the abandonment of the object of the lease, without a previous breach of the lessor, an issue that even today is frequently raised before the courts, especially when the purpose of the lease is not housing. The study begins with Roman Law, where, on the one hand, several fragments of the Justinian compilation show a compensation duty, and, on the other hand, a post-classical constitution contemplates an abandonment right of both parties within the first year of the contract. It is continued with the regime of the figure in Spanish Historical Law, in the Civil Code and its preliminary works and in the special Lease Law, in order to finish with the exam of the most recent jurisprudence on the subject.

KEYWORDS: lease, penalty clause, abandonment, *ius migrandi*, notice of termination.