

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil



LA NOVACION SUBJETIVA EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROTEGIDA

TESIS DOCTORAL

DANIEL MONTERO FERREIRA

Licenciado en Derecho y Diploma de Estudios Avanzados

DIRECTORA: Dra. M<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

CODIRECTORA: Dra. ARACELI DONADO VARA

Madrid, 2015

DANIEL MONTERO FERREIRA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil

LA NOVACION SUBJETIVA EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROTEGIDA

TESIS DOCTORAL

DANIEL MONTERO FERREIRA

Licenciado en Derecho y Diploma de Estudios Avanzados

DIRECTORA: Dra. M<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

CODIRECTORA: Dra. ARACELI DONADO VARA

### **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco al Departamento de Derecho civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia todas las facilidades y medios que me han prestado y, en especial, a su Director el Catedrático de Derecho civil de la UNED, Prof. Carlos LASARTE ÁLVAREZ, así como a sus discípulas las Profesoras M<sup>a</sup> Fernanda Moretón Sanz y Araceli Donado Vara, Directoras de mi tesis doctoral, por el apoyo, revisiones y observaciones hechas en esta investigación.

Ciertamente, el Prof. LASARTE aconsejó de forma sabia, en la bienvenida a todos los que nos iniciábamos en la andadura del doctorado, que usásemos nuestro propio “denario”, que en mi caso particular es la mercantil municipal en la que ejerzo el noble oficio de la abogacía. Y digo oficio, mas no profesión, porque necesita de dosis de estudio y sapiencia, deontología y respeto a los justiciables y juzgadores, pero también de empatía y negociación.

AGRADECIMIENTOS .....	3
ABREVIATURAS.....	10
INTRODUCCIÓN.....	13
1. EL MARCO GENERAL DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA PROTEGIDA .....	13
2. LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MADRID .....	14
3. LA EXPLOSIÓN DE LA BURBUJA INMOBILIARIA Y CRISIS ECONÓMICA....	16
CAPÍTULO PRIMERO: LA VIVIENDA PROTEGIDA.....	20
<b>I. CONCEPTO. CLASES Y REGULACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA     COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID.....</b>	20
<b>II. DEFINICIÓN Y REQUISITOS PARA OBTENER ESTA CALIFICACIÓN,     ESPECIALMENTE EN LA COMUNIDAD DE MADRID.....</b>	24
1. SISTEMA DE DESCALIFICACIÓN, ESPECIALMENTE EN LA COMUNIDAD DE MADRID .....	30
<b>III. EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ART. 8 DE LA LEY 9/2003, DE 26 DE     MARZO, DE RÉGIMEN SANCIONADOR DE VIVIENDAS PROTEGIDAS DE LA     COMUNIDAD DE MADRID.....</b>	34
1. REGLAMENTO DE ADJUDICACIÓN EMVS.....	38
<b>IV. LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO Y LOS DERECHOS DE TANTEO Y     RETRACTO .....</b>	43
CAPÍTULO SEGUNDO: NOCIONES INSTRUMENTALES.....	50
<b>I. CONCEPTO E HISTORIA DE LA NOVACIÓN.....</b>	50
1. EVOLUCIÓN DURANTE LA ÉPOCA INTERMEDIA.....	52
2. EL DERECHO CASTELLANO .....	53
<b>II. DE LA NOVACIÓN EN GENERAL Y LA MODIFICACIÓN SUBJETIVA.....</b>	55
<b>III. LA EXCEPCIÓN DEL ARRENDADOR A LA “RELATIVIDAD DE LOS     CONTRATOS” DEL ART. 1.257 CC .....</b>	64

<b>IV. CLASES, REGULACIÓN Y LA NOVACIÓN EN EL CC: ARTS. 1.203, 1.158, 1.159 Y CONCORDANTES.....</b>	<b>67</b>
<b>V. EL ART. 1.567 DE LA ANTIGUA LEC DE 1881 .....</b>	<b>72</b>
<b>CAPÍTULO TERCERO: ARRENDAMIENTO Y FIGURAS AFINES DE USO DE VIVIENDA .....</b>	<b>76</b>
<b>I. ARRENDAMIENTOS URBANOS. BREVE HISTORIA. CONCEPTO. REGULACIÓN</b>	<b>76</b>
<b>II. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA LAU .....</b>	<b>82</b>
<b>III. CRISIS DE PAREJA. ARTS. 12, 15 Y CONCORDANTES LAU .....</b>	<b>85</b>
<b>IV. LA ANTIGUA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SUBARRIENDOS Y CESIONES.....</b>	<b>91</b>
<b>V. ASPECTOS PROCESALES: COMODATO Y LEGITIMACIÓN PASIVA DEL SUBARRENDATARIO.....</b>	<b>94</b>
<b>VI. JURISPRUDENCIA SOBRE ARRENDAMIENTO, VIVIENDA, CESIÓN Y OTROS</b>	<b>98</b>
1. JURISPRUDENCIA DEL TS.....	98
2. JURISPRUDENCIA MENOR (ASUNTOS DE LA EMVS).....	109
<b>VII. EL PRECARIO. CONCEPTOS: LEC DE 1881 Y RESTRINGIDO. NOTAS CARACTERÍSTICAS .....</b>	<b>125</b>
1. DISTINCIÓN ENTRE PRECARIO Y COMODATO: TRANSFORMACIÓN DEL COMODATO EN PRECARIO .....	129
2. ASPECTOS PROCESALES: JUICIO VERBAL POR PRECARIO O PROCEDIMIENTO ORDINARIO .....	131
3. ARRENDAMIENTO QUE DEVIENE EN PRECARIO, POR NO EJECUCIÓN DEL LANZAMIENTO, UNA VEZ RESUELTO JUDICIALMENTE EL CONTRATO ARRENDATICIO .....	142
<b>VIII. HABITACIONISTA .....</b>	<b>147</b>
1. NOTAS CARACTERÍSTICAS: VITALICIO Y GRATUITO. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS AFINES .....	148
2. DERECHO DE HABITACIÓN (EMVS).....	152

<b>IX. USUCAPIÓN. EL ARRENDAMIENTO NO ES UN DERECHO REAL, PERO SÍ LA POSESIÓN QUE IMPLICA .....</b>	<b>161</b>
1. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE VIVIENDA. SUPUESTO PRÁCTICO: ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO .....	164
2. DIFERENCIA ENTRE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LA ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO SEGÚN EL TS .....	169
<b>X. OTROS: OCUPACIÓN DE VIVIENDAS Y USURPACIÓN .....</b>	<b>170</b>
1. SUPUESTOS PRÁCTICOS (EMVS) .....	174
<b>CAPÍTULO CUARTO: EL ARRENDADOR DE CARÁCTER PÚBLICO .....</b>	<b>182</b>
<b>I. ESTADO Y SECTOR PÚBLICO .....</b>	<b>182</b>
<b>II. COMPETENCIA MUNICIPAL EN VIVIENDA Y/O URBANISMO .....</b>	<b>184</b>
<b>III. BREVE REFERENCIA A LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL .....</b>	<b>185</b>
<b>IV. BREVE REFERENCIA A LA “LEY DE LAS 3 ERRES” .....</b>	<b>188</b>
<b>V. INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO: BIENES PATRIMONIALES. ¿SON LOS INMUEBLES DE LA EMVS BIENES PATRIMONIALES? .....</b>	<b>190</b>
1. EL CASO DEL CONSORCIO PARA LA POBLACIÓN MARGINADA.....	201
<b>VI. APLICABILIDAD E INCIDENCIA DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.....</b>	<b>202</b>
1. CONCEPTO DE DERECHO DE SUPERFICIE.....	203
2. RESEÑA AL DENOMINADO “PLAN 18.000” .....	205
3. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.....	210
4. SUPUESTO PRÁCTICO DE DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO .....	216
<b>VII. SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL (DE CAPITAL PÚBLICO) .....</b>	<b>217</b>
1. IMPROCEDENCIA DEL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO .....	220
2. REFERENCIA A LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL DERECHO PRIVADO.....	225
<b>CAPÍTULO QUINTO: EL ARRENDADOR PRIVADO .....</b>	<b>234</b>

<b>I. LA NUEVA REALIDAD EN EL MERCADO INMOBILIARIO: EMPRESAS INMOBILIARIAS Y PARTICULARES</b> .....	234
<b>II. SUJECCIÓN A NORMAS DE VIVIENDA PROTEGIDA</b> .....	234
<b>III. NOVACIÓN EN EL ARRENDADOR CUASI-PÚBLICO</b> .....	238
1. ANALOGÍA CON LA CESIÓN DE CRÉDITOS .....	238
2. TITULARIDAD FIDUCIARIA DEL ANTIGUO PATRONATO MUNICIPAL DE LA VIVIENDA.....	242
3. VENTA DE PROMOCIÓN DE VIVIENDAS: ART. 25 LAU .....	248
4. CONCEPTO DE PROMOCIÓN PÚBLICA DE VIVIENDAS .....	255
<b>IV. PROBLEMAS POR LA APLICACIÓN DEL DECRETO 100/1986, DE 22 DE OCTUBRE (CAM) A CONTRATOS ARRENDATICIOS SUSCRITOS POR EMVS</b> .....	258
1. SOBRE LA APLICACIÓN DEL DECRETO 100/86 A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO SUSCRITOS POR EMVS.....	260
2. SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA OBJETIVA O FUNCIONAL: CIVIL O CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA .....	271
<b>CAPÍTULO SEXTO: EL ARRENDATARIO DE VIVIENDA PROTEGIDA</b> .....	288
<b>I. LA ADJUDICACIÓN</b> .....	288
<b>II. PROGRAMA MUNICIPAL DE VIVIENDA EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO</b> 292	
1. LOS REQUISITOS PARA TODOS LOS PROGRAMAS .....	294
2. PROCESO DE ADJUDICACIÓN Y REGISTRO PERMANENTE DE SOLICITANTES DE LA EMVS .....	295
<b>III. PROCEDIMIENTO DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS PROTEGIDAS</b> .....	298
<b>IV. LAS DENOMINADAS “VIVIENDAS SOLIDARIAS”; DISCAPACIDAD Y CESIÓN ARRENDATICIA</b> .....	305
1. PROGRAMAS AFINES .....	305
2. PROGRAMA DE VIVIENDAS SOLIDARIAS EN LA CIUDAD DE MADRID ...	307
3. PARTICULARIDADES: DURACIÓN ARRENDATICIA SEGÚN LOS LOGROS DE LA INTERVENCIÓN SOCIAL .....	308

4. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y VIVIENDA .....	309
5. CESION, SUBARRIENDO Y RESPONSABILIDAD DE LOS PROGRAMAS.....	316
<b>V. SUPUESTOS DE NOVACIÓN EN EL ARRENDATARIO .....</b>	<b>324</b>
1. SUBROGACIÓN .....	324
2. SUBARRIENDO Y CESIÓN (ART. 1.550 CC) .....	343
3. CAMBIO EN LA PERSONA DEL DEUDOR.....	363
4. CESIÓN NO CONSENTIDA: CASO DEL ACCESO DIFERIDO A LA PROPIEDAD Y OTROS.....	365
<b>CAPÍTULO SÉPTIMO: FINALIZACIÓN ARRENDATICIA Y CESIÓN .....</b>	<b>368</b>
<b>I. RESOLUCIÓN ARRENDAMIENTO EN PROCEDIMIENTO VERBAL LAU (FALTA DE PAGO O EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO), CUYO INMUEBLE AL EJECUTAR EL LANZAMIENTO APARECE OCUPADO POR TERCEROS, ART. 704.2 LEC.....</b>	<b>370</b>
1. CASO PRÁCTICO: LANZAMIENTO DE TERCERO OCUPANTE .....	373
<b>II. ¿LA REMISIÓN AL DECRETO 100/1986 HACE INDEFINIDO EL ARRENDAMIENTO? .....</b>	<b>374</b>
1. SUPUESTO PRÁCTICO <i>SUB IUDICE</i> : PARA EL INQUILINO EL CONTRATO ARRENDATICIO ES INDEFINIDO MIENTRAS CUMPLA LAS CONDICIONES <i>EX</i> DECRETO 100/1986 A QUE EL MISMO SE REMITE .....	384
<b>III. UTILIDAD DEL ARBITRAJE. SU USO EN EL SERVICIO MUNICIPAL DE ALQUILER (EMVS) .....</b>	<b>395</b>
CONCLUSIONES .....	401
BIBLIOGRAFÍA .....	412
ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CONSULTADAS .....	422





**ABREVIATURAS**

**ARBIN:** Asociación de Arbitraje Inmobiliario.

**Art:** Artículo

**AP:** Audiencia Provincial

**BOE:** Boletín Oficial del Estado

**CAM:** Comunidad Autónoma de Madrid

**CC:** Código civil español. Real Decreto de 24 de julio de 1889.

**CE:** Constitución Española, 1978

**EMVS:** Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S. A.

**IPREM:** Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples

**IRIS:** Instituto de Realojamiento e Integración Social (CAM)

**IVIMA:** Instituto de la Vivienda de Madrid

**Jl:** Juzgado de Instrucción

**LAU:** Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

**LEC:** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

**LEC 1881:** Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

**LRJPAC:** Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

**LRSAL:** Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

**RCDI:** Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

**RDGRN:** Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

**RDL:** Real Decreto Ley

**REC:** Recurso

**RJ:** Repertorio de jurisprudencia

**SAP:** Sentencia Audiencia Provincial

**SAREB:** Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria

**SECC:** Sección

**SJCA:** Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

**SJP:** Sentencia Juzgado de lo Penal

**SJPI:** Sentencia Juzgado de Primera Instancia

**SMI:** Salario Mínimo Interprofesional

**ST:** Sentencia

**STC:** Sentencia Tribunal Constitucional

**STS:** Sentencia Tribunal Supremo

**STSJ:** Sentencia Tribunal Superior de Justicia

**SSTS:** Sentencias Tribunal Supremo

**TC:** Tribunal Constitucional

**TS:** Tribunal Supremo

**TRLAU:** Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Decreto núm. 4104/1964, de 24 de diciembre 1964, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos

**VPO:** Vivienda de Protección Oficial

DANIEL MONTERO FERREIRA

## INTRODUCCIÓN

### 1. EL MARCO GENERAL DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA PROTEGIDA

En un contexto como el actual de crisis económica en general y en particular, en el sector inmobiliario, en el ámbito de la vivienda protegida, en régimen de arrendamiento y en concreto, de Madrid capital, se acomete el estudio de la denominada tradicionalmente novación subjetiva.

El principio general de la relatividad de los contratos del art. 1.257 del CC tiene una de sus excepciones en la acción directa del arrendador contra el subarrendatario recogida en los arts. 1.551 y 1.552 del mismo cuerpo legal, por lo que se refiere al uso y conservación de la cosa arrendada, y por lo que se refiere a la reclamación de la renta del subarrendamiento.

En dicho ámbito, la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, califica en su art. octavo, de infracción muy grave la cesión del uso de viviendas protegidas. Con todo, determinadas circunstancias desplazan esta apriorística prohibición. A saber: los casos de subrogación legal (si el aspirante forma parte de la unidad familiar), los de pago de renta por tercero (que le pueden convertir en precario), los supuestos de resolución judicial del arrendamiento y no ejecución del lanzamiento, etc.

Por otro lado, el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, posibilitó legalmente la transmisión de las promociones de viviendas con protección pública para arrendamiento a terceros, así como mantiene el vigente Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

Estas modificaciones subjetivas de los contratos de arrendamientos, se materializan por vía de hecho, por disposición legal y/o resolución judicial en forma de novaciones subjetivas, en cuanto al arrendador, en la venta de promociones de vivienda social, que realiza la sociedad municipal correspondiente para coadyuvar a sanear sus cuentas. Respecto al arrendatario, en el incremento de los litigios dimanante de procesos de desahucios arrendaticios, que avala el informe del Consejo General del Poder Judicial.

Desde el lado pasivo o del arrendatario y, en abstracto, el Código civil regula la figura del cambio del deudor como una de las facetas de la novación. Figura de origen romano que suponía la extinción de la obligación, pero que en el art. 1.203 del mismo aparece como un supuesto de modificación, más que de extinción de obligaciones. Pero también, *mutatis mutandis*, para el arrendador “subrogando a un tercero en los derechos del acreedor” como, por ejemplo, en la meritada venta de promociones de vivienda social.

Más específicamente, la Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, remite a las normas particulares de viviendas de protección oficial, entre otros aspectos, respecto del derecho de cesión y subrogación.

## 2. LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MADRID

Todos estos asuntos como, por ejemplo, que las novaciones subjetivas del arrendatario que se dan por vía de hecho no se perpetúen por mor de resolución judicial, forman parte directa o indirectamente, con mayor o menor incidencia, del trabajo diario del doctorando como Abogado de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A<sup>1</sup>.

La EMVS es una sociedad anónima con capital 100 por ciento municipal que desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid desde hace más de treinta años. No solo facilita el acceso a la vivienda a los sectores con mayores dificultades, sino que cumple con otras directrices de la política de vivienda, con un marcado carácter social<sup>2</sup>.

Las principales líneas de acción de la EMVS son:

- Facilitar el acceso a la vivienda, fomentando especialmente el alquiler.
- Mejorar la habitabilidad, accesibilidad y sostenibilidad del patrimonio edificado, potenciando la rehabilitación mediante la concesión de subvenciones.
- Reducir progresivamente la infravivienda vertical y el chabolismo en Madrid.
- Impulsar los nuevos desarrollos urbanos como oportunidad para generar vivienda de protección pública.
- Adaptar la vivienda a las nuevas demandas sociales, favoreciendo la innovación, la sostenibilidad y la calidad residencial.

El Ayuntamiento de Madrid, a través de la EMVS, ha intensificado sus esfuerzos para facilitar el acceso a la vivienda a los colectivos con mayores dificultades, como los jóvenes, poniendo a su alcance viviendas de nueva construcción con precios al menos tres veces inferiores a los de mercado; incrementando la oferta de vivienda en arrendamiento a través del Servicio Municipal de Alquiler; concediendo ayudas para incrementar la habitabilidad, sostenibilidad y accesibilidad del patrimonio

---

<sup>1</sup> En adelante, EMVS.

<sup>2</sup> Muy recientemente se ha decidido suspender la promoción de viviendas, según las medidas incluidas en el Plan de Viabilidad 2013-2018 de la EMVS, que conllevan la reorientación de su objetivo y, por lo tanto, a sus trabajadores, dejando a un lado la construcción de nuevas viviendas por la rehabilitación, el alquiler o la gestión del patrimonio municipal.

edificado mediante la rehabilitación; realojando e integrando socialmente a quienes residen en infraviviendas, e incorporando calidad, innovación y sostenibilidad en las promociones protegidas<sup>3</sup>.

Fruto de esta experiencia forense, se aborda esta tesis doctoral, en el entendido que el trabajo doctoral no puede reducirse a una transcripción normativa o jurisprudencial, sino al análisis crítico acompañado de un cuerpo doctrinal y científico sobre los cambios subjetivos en los contratos de arrendamiento, sea desde la perspectiva del arrendador o del arrendatario.

Como es sabido el contrato de arrendamiento es un contrato complejo en que ambas partes contractuales asumen una pluralidad de derechos y obligaciones, sin que se pueda decir en exclusiva que el sujeto pasivo es el arrendatario por la circunstancia de estar obligado al pago respectivo del uso de la vivienda habitual que recibe; en su virtud el término de novación subjetiva debe entenderse como cambio de la posición jurídica de las partes.

Como apunta mi maestra, la profesora MORETON SANZ<sup>4</sup>, hay que tener en cuenta que el comportamiento de las familias españolas ante la vivienda sigue estando claramente inclinado por la elección del régimen de propiedad -frente a otros regímenes contractuales más flexibles como pueda ser el arrendamiento.

La casuística de la materia elegida no solo refleja cuestiones sustantivas de Derecho civil, sino que en ciertos casos se entremezclan ilícitos penales como la usurpación, fruto en su caso de las sucesivas y supuestas prácticas negociales entre quienes carecían de capacidad contractual para ello. En todo caso, a estos aspectos penales solo se hará referencia incidental cuando sea imprescindible, ya que la tesis se centra en aspectos civiles.

El contenido apuntado, se abordará mediante el examen de la doctrina y jurisprudencia, incluida la jurisprudencia menor, según el método cualitativo y en su caso se añadirán algunos supuestos cuantitativos del parque municipal de la EMVS, ahora en decremento, que en el día de hoy podemos calcular en unas seis mil viviendas, cuando en lo que se refiere a solicitantes de vivienda pública<sup>5</sup> la cifra supera los trece mil en Madrid capital<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Fuente: [www.emvs.es/Empresa/Paginas/Inicio.aspx](http://www.emvs.es/Empresa/Paginas/Inicio.aspx). Fecha de consulta: 28/01/2014.

<sup>4</sup> MORETÓN SANZ, M. F. "Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 720, p. 1.752.

<sup>5</sup> Utilizo indistintamente el adjetivo de públicas, protegidas o sociales en las viviendas, para referirme genéricamente a la categoría, sin rigor, téngase en cuenta que la protección oficial, estatal -según haya sido denominada-, a la vivienda, o más acertadamente, la promoción y acceso a la vivienda, tiene su antecedente legislativo más inmediato en la Ley de 11 de junio de 1911, sobre habitaciones Baratas, hasta la actualidad de forma ininterrumpida. Las denominadas como

### 3. LA EXPLOSIÓN DE LA BURBUJA INMOBILIARIA Y CRISIS ECONÓMICA

La explosión de la burbuja inmobiliaria y la subsiguiente crisis del sector de los últimos años en España, ha tenido una serie de consecuencias. Una de ellas, es un aumento en las novaciones subjetivas en arrendamientos de viviendas protegidas, más susceptibles, sin duda, a la crisis económica, este dato se colige del aumento de litigios en cuanto a desahucios se refiere<sup>7</sup>.

El economista BERGES LOBERA<sup>8</sup> analizó en un artículo doctrinal del año 2004 el concepto de burbuja inmobiliaria en España, con el objetivo de detectar su posible existencia y en tal caso determinar su magnitud.

En un contexto de proceso de crecimiento de precios provocados por situaciones sostenidas de exceso de demanda, se produce una burbuja cuando la demanda empieza a generar procesos “autoalimentadores” con el alza de los precios. Es decir, cuando se generaliza un componente de demanda que responde a expectativas de que el bien en cuestión va a seguir manteniendo en el futuro su senda de encarecimiento.

Un proceso de este tipo tiene más posibilidades de aparecer en aquellos bienes que, además de su componente de uso, tienen un componente de inversión o “almacén de valor” contra la erosión inflacionista.

Las características citadas anteriormente se cumplen para la vivienda, por lo que este componente de burbuja puede ser un factor explicativo del crecimiento de precios.

---

Viviendas de protección Oficial son, en puridad, las viviendas promovidas al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial. A partir del Reglamento que lo desarrolla, se dictan normas estatales para el fomento de las VPO, a través de planes trienales o cuatrienales, aprobados por decretos. Todos los planes anteriores al vigente en cada momento se derogan, sin perjuicio de las situaciones creadas a su amparo. Mediante el Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, se regula el concepto y régimen jurídico de la denominada Vivienda con Protección Pública. Así queda desvinculado del sistema de financiación cualificada de la misma, que pueda establecerse en el marco de cada Plan de vivienda de la Comunidad de Madrid o en cada Plan estatal de vivienda y suelo, que podrá variar, sin afectar a dicho régimen jurídico.

<sup>6</sup> Fuente: [www.emvs.es/Empresa/Paginas/Inicio.aspx](http://www.emvs.es/Empresa/Paginas/Inicio.aspx). Fecha de consulta: 28/01/2014.

<sup>7</sup> El Informe de 12 de diciembre de 2014 del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), sobre los efectos de la crisis en los órganos judiciales, revela que del total de lanzamientos (desahucios) llevados a cabo, el 43,4 por ciento derivó de ejecuciones hipotecarias y algo más de la mitad, un 51,3 por ciento se produjo por impagos del alquiler y el 5,2 por ciento restante obedeció a otras causas. En total, supone que el número de desahucios practicados entre julio y septiembre de 2014 aumentó un 7,3 por ciento con respecto al mismo periodo de 2013.

<sup>8</sup> BERGES LOBERA, Ángel, “Condicionantes e implicaciones del sector inmobiliario español”, Extra-Economistas, nº 100; marzo 2004, Pp. 164 a 171 (con David Martínez Turégano).



En dicho artículo se cita que es posible que exista una reducida porción de la demanda que compra con intención de aprovecharse de incrementos futuros del precio.

Aún cuando no existiera burbuja o su magnitud sea poco significativa, existe un amplio acuerdo en que existen varios factores de riesgo para el futuro, particularmente para el funcionamiento del mercado financiero.

Un primer factor de riesgo, radica en la evolución futura de los tipos de interés, a tendencia bajista de la última década hemos identificado como el principal elemento explicativo de los precios de la vivienda.

Este riesgo de una posible subida de los tipos de interés en el área Euro es especialmente importante si tenemos en cuenta que una gran mayoría de las hipotecas existentes en España utilizan un tipo de interés variable con mucha mayor intensidad que en otros países europeos.

Otro factor de riesgo es el asociado a una posible desaceleración del empleo con implicaciones sobre la renta disponible de las familias. El riesgo es mayor economía española, en cuanto la alta tasa de crecimiento económico y de empleo en la última década se ha basado en buena parte en la expansión de la construcción, principalmente de la edificación. Un período de recesión en el mercado de vivienda producido por cualquiera de los factores citados, podría producir un cambio drástico en el proceso de generación de empleo que a su vez, contraería aún más la demanda de viviendas, y así sucesivamente.

De cualquier forma este fenómeno no es exclusivo de España ya que el intenso incremento de los precios de la vivienda desde 1997 se ha producido paralelamente al caso español, incluso con más intensidad, en otras economías (Irlanda, Reino Unido, Holanda, Estados Unidos, etc.)

Pero el negocio inmobiliario que despierta tiene poco que ver con el que España conocía antes del estallido de la crisis. Las manos en que descansa ahora el ladrillo, quiénes lo adquieren, de qué tipo y bajo que fórmulas han cambiado mucho.

La banca ha tomado el relevo a las inmobiliarias y se ha convertido en el gran comercializador de inmuebles del país tras absorber buena parte del ladrillo que financió durante los años del boom. Desarrollos urbanísticos de promotores en quiebra, pisos embargados a particulares, o sus propias redes de oficinas –en pleno proceso de ajuste– penalizan sus balances a la espera de darles salida. Sareb<sup>9</sup>, que

---

<sup>9</sup> La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb) es una entidad privada creada en noviembre de 2012 para ayudar al saneamiento del sector financiero español, y en concreto de las entidades que arrastraban problemas debido a su excesiva exposición al sector inmobiliario. El Memorando de Entendimiento que el Gobierno español firmó en julio de 2012 con sus socios europeos determina la constitución de Sareb como una de las condiciones para recibir la ayuda financiera. Así, el acuerdo establece la creación de una gestora a la que transferir

absorbió la carga tóxica de la banca nacionalizada y con ayudas, bebe de esas mismas aguas pero juega como una inmobiliaria con una vida útil de 15 años. Finalmente, grandes fondos de inversión han tomado posiciones en los últimos meses al hacerse con las plataformas creadas por la banca y se disponen a profesionalizar la gestión de su carga.

El veintiséis por ciento de tasa de paro y la sequía crediticia han rebajado con fuerza la demanda de vivienda por parte de particulares y pequeños inversores. Los grandes fondos de inversión y las firmas de capital riesgo internacional se han convertido con diferencia en los principales compradores de los últimos tiempos.

El cambio del perfil de los compradores ha supuesto también una transformación del tipo de activos que más salida tienen. De momento, las oficinas se imponen al residencial como objetivo de inversión.

Del mismo modo, si el particular acude a un préstamo hipotecario como vía usual para adquirir un inmueble, los grandes inversores cuentan con otros mecanismos e instrumentos. Destacan actualmente los novedosos Fondos de Activos Bancarios de Sareb, la compra de carteras hipotecarias con inmuebles como garantía o las Socimis (sociedades de inversión inmobiliaria) frente a la compra al contado.

Un mercado dominado principalmente por la banca, con el treinta y siete por ciento del volumen de ventas. Se identifica como segundo vendedor al grupo formado por Sareb y otras entidades públicas (como Ivima o la EMVS), responsables del treinta y tres por ciento<sup>10</sup>.

---

los activos inmobiliarios de las entidades que atraviesan dificultades, con el objetivo de reducir los riesgos de las mismas y liquidar de forma ordenada los activos problemáticos. Fuente: <http://www.sareb.es/es-es/SobreSareb/Paginas/que-es-sareb.aspx>. Fecha de consulta: 26/02/14.

<sup>10</sup> Diario CINCO DIAS, 25-02-14: "El inesperado resurgir del ladrillo español".



## CAPÍTULO PRIMERO: LA VIVIENDA PROTEGIDA

### I. CONCEPTO. CLASES Y REGULACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la protección oficial, estatal –según haya sido denominada-, a la vivienda, o más acertadamente, la promoción y acceso a la vivienda, tiene su antecedente legislativo más inmediato en la Ley de 11 de junio de 1911, sobre Habitaciones Baratas<sup>11</sup>, hasta la actualidad de forma ininterrumpida<sup>12</sup>.

La forma de establecer este tipo de incentivos, ayudas o facilidades de acceso mediante compra, cesión o arrendamiento a sus inquilinos, la ha realizado el Estado<sup>13</sup> mediante mecanismos más o menos similares, sin embargo, los fundamentos en que se apoya esta normativa, desde un punto de vista histórico-jurídico, son sensiblemente distintos. Dichas normas<sup>14</sup> estaban encaminadas a atender necesidades de carácter social, pese a que en aquellos momentos aún no se habían reconocido derechos de carácter social. De modo que obedecía a la tutela singular de los ciudadanos más que al reconocimiento de derechos subjetivos.

Nuestra Carta Magna en su artículo 47.1 sobre el “derecho a la vivienda” digna y adecuada, establece el deber programático de los poderes públicos para hacer efectivo tal derecho, dirigiendo el uso del suelo al interés general. Así declara: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las

---

<sup>11</sup> Vid. *Un siglo de vivienda social, 1903-2003*, Ayuntamiento de Madrid, Concejalía de Vivienda y Rehabilitación Urbana, EMV, 2003, Pp. 54 a 62.

<sup>12</sup> Eso sí, con distinta intensidad y acierto.

<sup>13</sup> Dice al respecto, BLANCO BAREA, J. A. “La existencia de un Estado de Derecho capaz de aprobar normas de funcionamiento y normas de regulación de cualquier actividad, permite la utilización de su imperium para proteger a sus ciudadanos y regular comportamientos; es el primer estrato existente desde el punto de vista histórico para la concepción actual de Estado que ha ido evolucionando durante las dos últimas centurias hasta conjugar lo que hoy conocemos en la mayoría del mundo occidental como Estado Social y Democrático de Derecho. Estos distintos tipos de “Estado”, pueden regular y de hecho así lo han hecho, el derecho al acceso a una vivienda mediante la articulación de mecanismos gubernamentales en función de la naturaleza jurídica y social de cada forma de Estado. Así, el Estado de Derecho permite la posibilidad de emanar normas que ordenen cualquier disciplina, como por ejemplo la materia que nos ocupa, las Viviendas Protegidas, tal y como se ha hecho en España durante prácticamente todo el siglo XX hasta la actual Constitución” (Viviendas de Protección Oficial (VPO): tramitación administrativa y ayudas: normativa estatal y autonómica, Comares, Granada, 2004, pág. 8).

<sup>14</sup> En general toda la legislación de la llamada “Vivienda de Protección Oficial”, hasta el año 1978.

normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”<sup>15</sup>.

Baste recordar que los principios rectores de la política social y económica informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, no pudiéndose exigir su cumplimiento. En este último sentido, las Administraciones deben procurar, en la medida de lo posible, promover las condiciones necesarias para hacer efectivo ese derecho<sup>16</sup>.

La materialización de dicho principio rector ha sido asumida como competencia propia por muchas Comunidades Autónomas, contando con el refrendo legitimador de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 170/1989, de 19 de octubre<sup>17</sup>. En su virtud, buena parte de las normas reguladoras de la vivienda corresponden a las Autonomías y, como clarifica la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo<sup>18</sup>, dictada en sendos recursos de inconstitucionalidad, queda básicamente restringida la potestad normativa del

---

<sup>15</sup> Cfr. Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, Tomo IV, Edersa, Madrid 2006, págs. 305 a 340. En particular, “el moderno constitucionalismo atiende fundamentalmente a la dimensión social de la vivienda y a su consideración de necesidad de índole colectiva, frente a la cual el Estado no puede mantenerse indiferente y seguir pretendiendo que los ciudadanos deban, con carácter absoluto, autosatisfacer sus necesidades de vivienda conforme a sus posibilidades económicas en el mercado”.

<sup>16</sup> Cfr. AA. VV. Curso de Urbanismo, CEF, Madrid, 2006, vol. I, unidad 1, pág. 12.

<sup>17</sup> “(...) La legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten «normas adicionales» o un plus de protección; es decir, la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por solo eso en contradicción con la normativa básica del Estado”.

<sup>18</sup> “En relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el art. 33 C.E., hemos señalado que el título del art. 149.1.1. C.E. no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada, y su función social ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1987). Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el Título VIII de la Constitución), sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado”.

Estado a los principios esenciales del estatuto de la propiedad (inmobiliaria)<sup>19</sup>. Consecuentemente, en el ejercicio de sus competencias, varias Comunidades autónomas han aprobado distintas normas incluyendo el concepto y calificación de Vivienda de Protegida, sin que exista una definición homologable entre todas las previsiones reguladoras<sup>20</sup>.

Los planes estatales y autonómicos relativos a vivienda y suelo establecen unos requisitos determinados para que las edificaciones sean acreedoras de la calificación de Vivienda Protegida<sup>21</sup>. Algunas leyes, además, establecen el derecho de tanteo y retracto<sup>22</sup> en favor de la Administración, a saber, el caso del País Vasco (Ley 7/1988, de 15 de abril), Galicia (arts. 35 a 37 de la Ley 4/2003, de 29 de julio), Cataluña (arts. 78.4 y 87 a 91 de la ley 18/2007, de 28 de diciembre) y la Ley 9/2001 de 17 de Julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid [art. 182.1 b) y la consecuente Orden 2.907/2005, de 23 de septiembre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio].

La existencia de tal derecho de tanteo o retracto, supone que para la transmisión de viviendas protegidas (y al margen de la primera transmisión<sup>23</sup>) por el precio administrativo o determinado por módulo, procede solicitar autorización de venta a la Administración correspondiente.

---

<sup>19</sup> Cfr. AA.VV., Máster en dirección y gestión integral de empresas inmobiliarias y de la construcción. UNED, Madrid, 2007, Módulos IV y VI, pág. 85.

<sup>20</sup> En el conjunto del Estado existieron básicamente tres opciones en cuanto a la calificación de las Viviendas Protegidas: -Las Comunidades autónomas que optaron por la calificación definitiva o cuasi-definitiva. La primera fue la Comunidad Autónoma del País Vasco en el año 2002 y después le siguieron Catalunya (90 años), Extremadura (permanente) y Asturias (vida útil de la vivienda) todas ellas en el año 2004. -Las Comunidades autónomas que mantuvieron, para sus propias tipologías autonómicas de Vivienda Protegida, más o menos, en el nivel marcado por el Plan Estatal 2005-2009 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda (30 años, susceptibles de ampliación por las Comunidades autónomas). -Las Comunidades autónomas que, a través de diferentes tipologías autonómicas de Vivienda Protegida redujeron el periodo de calificación de las mismas. Destacan en este campo las Vivienda de Protección Pública destinadas al alquiler con opción de compra de la Comunidad Autónoma de Madrid descalificable a los siete años, pero también debemos citar las Vivienda Protegida autonómica descalificable a los quince años en Andalucía, Cantabria o Valencia y las Viviendas de Precio Tasado descalificables a los diez años en las Islas Baleares o Castilla-La Mancha.

<sup>21</sup> Dichos requisitos son, por ejemplo: la superficie limitada; el precio tasado; el sorteo como vía de acceso a su titularidad y, finalmente, el control de la Administración sobre su disponibilidad.

<sup>22</sup> Se trata de un derecho preferente de adquisición sobre la vivienda.

<sup>23</sup> Es decir, cuando sea la venta o la adjudicación en propiedad por el promotor al adquirente o adjudicatario.

No obstante, en la Comunidad de Madrid y en relación a la temática que nos ocupa, no es necesario solicitar autorización de venta<sup>24</sup>, siempre y cuando la vivienda sea adjudicada a uno de los cónyuges o comuneros, respectivamente:

- a) Si hay disolución de la sociedad de gananciales matrimonial.
- b) Si hay extinción de condominio.

A mayor abundamiento y para ser riguroso, también habría que hacer una mínima referencia al derecho de tanteo y retracto que pueden establecer los municipios sobre las viviendas protegidas que puedan promover. A título ilustrativo, cabe citar las limitaciones de disponer previstas en el art. 25 del Reglamento de adjudicación de viviendas con protección pública afectas a los programas municipales de vivienda a aplicar por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., de 30 de octubre de 2012.

En resumen, estas características específicas distinguen las viviendas de protección de las que se hallan en el mercado libre inmobiliario.

Otro caso que reviste especial transcendencia es el de las viviendas que, si originariamente tenían limitadas las facultades de disposición dada su calificación de viviendas protegidas, en un plazo más o menos largo, se transformen en viviendas libres. O también, por haberse tramitado lo que se denomina la *descalificación*, consistente en la extinción del régimen dadas las específicas características de la vivienda.

En este punto, las diferentes legislaciones autonómicas vigentes tienen, a su vez<sup>25</sup>, normas en materia de dicha “descalificación”. Es el caso del art. 9 del Decreto 315/2002, de 30 diciembre de régimen de Vivienda de Protección Oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo de Euskadi, donde se establece que las “viviendas que hayan sido objeto de calificación definitiva con arreglo a lo previsto en el presente Decreto, mantendrán permanentemente la misma, y por lo tanto, su naturaleza de protección oficial”<sup>26</sup>. Por su parte, Cataluña, en el art. 78.5 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, se prohíbe la descalificación por interés del propietario, pero no la excluye “por razones de interés público vinculadas a las necesidades de la vivienda”.

---

<sup>24</sup> Como hemos visto, origen para que la Administración autonómica pueda ejercitar el derecho de tanteo o retracto.

<sup>25</sup> Al igual que ocurre con la definición del concepto de las viviendas objeto de protección.

<sup>26</sup> Contemplando un régimen transitorio en la Disposición transitoria primera, punto 2, para las viviendas construidas con anterioridad al Decreto.

## II. DEFINICIÓN Y REQUISITOS PARA OBTENER ESTA CALIFICACIÓN, ESPECIALMENTE EN LA COMUNIDAD DE MADRID<sup>27</sup>

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid<sup>28</sup> establece como competencia exclusiva la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. Competencia transferida a la Comunidad de Madrid en virtud del Real Decreto 1115/1984, de 6 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de patrimonio arquitectónico, control de la calidad de la edificación y vivienda.

En particular, la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid<sup>29</sup> es el marco normativo que tiene por objeto la ordenación urbanística del suelo. El Título IV regula la intervención en el uso del suelo, en la edificación y en el mercado inmobiliario. El texto de la Ley regla la parcelación en las diversas clases de suelo y contempla las distintas modalidades de intervención de la Comunidad de Madrid, diferenciando las calificaciones urbanísticas y los proyectos de actuación especial. Por otra parte, también prevé la intervención de los Ayuntamientos en actos de uso del suelo, construcción y edificación.

Especial consideración merece la previsión que efectúa la Ley en relación con las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. Así, se ha fijado la cautela de exigir, por los Ayuntamientos la calificación provisional en el acto de solicitud de la preceptiva licencia urbanística y de la calificación definitiva, en la licencia de primera ocupación<sup>30</sup>.

De igual modo, respecto de este tipo de viviendas, se introduce la posibilidad de que la Comunidad de Madrid pueda ejercer los derechos de tanteo y retracto tanto sobre el suelo cuyo destino, según el planeamiento, sea la construcción de viviendas en régimen de protección, como sobre las propias viviendas sometidas a este régimen.

Las denominadas como Viviendas de Protección Oficial<sup>31</sup> son, en puridad, las viviendas promovidas al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial. A partir del Reglamento que lo

---

<sup>27</sup> Vid. mi trabajo La valoración de la vivienda protegida madrileña en la liquidación de la sociedad de gananciales, *RDUNED*, 2013, nº 12, Pp. 525 a 559.

<sup>28</sup> Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, modificado por Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983.

<sup>29</sup> Modificada por Ley 2/2005, de 12 de abril, de modificación de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

<sup>30</sup> LPO.

<sup>31</sup> VPO.



desarrolla<sup>32</sup>, se dictan normas estatales para el fomento de las VPO, a través de planes trienales o cuatrienales, aprobados por decretos. Todos los planes anteriores al vigente en cada momento se derogan, sin perjuicio de las situaciones creadas a su amparo.

Con la publicación del Real Decreto 2.190/1995, de 28 de diciembre, sobre Medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de Vivienda y Suelo para el período 1996-1999, se determinó que las ayudas reguladas por el Estado fueran gestionadas y ejecutadas por las Comunidades autónomas. Es decir, que el reconocimiento del derecho a las ayudas económicas financiadas con fondos estatales, debía hacerse por las Comunidades autónomas de conformidad a su propia normativa.

Por ello, la aplicación y desarrollo de los planes estatales se efectúa mediante convenios de colaboración entre el Ministerio encargado de la competencia en materia de vivienda y las Comunidades autónomas. Estas últimas pueden mejorar y completar, a través de su ordenamiento, las condiciones generales que fija el plan.

Mediante el Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid<sup>33</sup>, se regula el concepto y régimen jurídico de la denominada Vivienda con Protección Pública<sup>34</sup>. Así queda desvinculado del sistema de financiación cualificada de la misma, que pueda establecerse en el marco de cada Plan de vivienda de la Comunidad de Madrid o en cada Plan estatal de vivienda y suelo, que podrá variar<sup>35</sup>, sin afectar a dicho régimen jurídico.

Por tanto, el Reglamento de viviendas protegidas regula las diferentes tipologías de Vivienda con Protección Pública, estableciendo su régimen jurídico, es decir, sus características, los derechos y obligaciones a los que se ven sometidos los titulares o arrendatarios de este tipo de viviendas en la Comunidad de Madrid.

Podemos distinguir en dicho reglamento entre vivienda protegida estatal y vivienda protegida promovida con recursos de la Comunidad de Madrid. Pero, el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, extiende el mismo régimen

---

<sup>32</sup> Aprobado por Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda.

<sup>33</sup> Deroga al Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, a excepción de lo dispuesto en la disposición transitoria primera.

<sup>34</sup> VPP.

<sup>35</sup> Incluso significativamente, en años sucesivos.

jurídico de las Viviendas con Protección Pública a las Viviendas de Protección Oficial, ya sean de promoción privada o de promoción pública, promovidas en la Comunidad de Madrid, así como a las Viviendas con Protección Pública calificadas al amparo de decretos anteriores.

Efectivamente, la Disposición Transitoria Primera del Decreto 11/2005, que sigue vigente, somete a las viviendas calificadas por decretos anteriores al régimen de protección pública establecido en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid; sin otras excepciones que el plazo de duración de dichos regímenes, así como el porcentaje a aplicar para la determinación de las rentas máximas iniciales anuales de las viviendas destinadas a arrendamiento<sup>36</sup>.

La duración del régimen legal de protección de las Viviendas con Protección Pública para venta o uso propio, calificadas definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de aquel Decreto, varía en función de la normativa que los regula<sup>37</sup>.

---

36 Que serán los establecidos en las respectivas calificaciones de acuerdo con lo dispuesto en la normativa indicada.

<sup>37</sup> Así, por ejemplo: -Decreto 43/1997, 13 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de las ayudas en materia de viviendas con protección pública y rehabilitación con protección pública del plan de vivienda de la Comunidad de Madrid 1997-2000: Treinta años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de quince años. -Decreto 228/1998, de 30 de diciembre, por el que se regula el régimen jurídico de las ayudas en materia de viviendas con protección pública y rehabilitación con protección pública del Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid 1997-2000: Treinta años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de veinte años. -Decreto 11/2001, de 25 enero, de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes sobre financiación cualificada a actuaciones protegidas en materia de vivienda y su régimen jurídico para el período 2001-2004: Veinticinco años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de veinte años. -La duración del régimen legal de protección de las Viviendas con Protección Pública para Arrendamiento (VPPA), las Viviendas con Protección Pública para Jóvenes y Mayores (VPPJYM) y las Viviendas de Integración Social (VIS) cualquiera que sea el Decreto al amparo del cual se calificaron es el siguiente: Veinticinco años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de diez años. -La duración del régimen legal de protección pública de las Viviendas de Protección Oficial, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que éste les sea de aplicación, es treinta años desde su calificación definitiva. -La duración del régimen legal de protección pública de las Viviendas de Protección Oficial para arrendamiento, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que éste les sea de aplicación, es treinta años desde su calificación definitiva, si obtuvo la misma con anterioridad al 1 de enero de 1995, o veinticinco años, si fue a posteriori. Si hubiese obtenido préstamo cualificado, será la misma que la del plazo inicial de amortización del préstamo, a contar desde la fecha de calificación definitiva. -La duración del régimen legal de protección pública de las viviendas de Protección Oficial, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto 2.114/1968, de 24 de Julio 1968, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2.131/1963, de 24 de julio y 3.964/1964, de 3 de diciembre, es cincuenta años desde su calificación definitiva. Estas viviendas han quedado

En definitiva, las viviendas protegidas están sometidas a un régimen legal de protección durante un número determinado de años, que variará en función de la tipología de vivienda que se trate o, en el menor de los casos, dicha protección es para siempre. Durante este plazo de duración, los propietarios no pueden vender o transmitir la vivienda a un precio libre, sin embargo, sí podrán venderla<sup>38</sup> a un precio máximo legal de venta.

Dicho precio máximo, de acuerdo al art. 12 del Decreto 74/2009, será establecido, por metro cuadrado de superficie útil, para cada una de las localidades o ámbitos intraurbanos del territorio de la Comunidad de Madrid, mediante Orden de la Consejería competente en materia de vivienda; con las matizaciones de la Disposición Adicional Segunda, para Viviendas de Protección Oficial de promoción pública.

Los últimos precios máximos de venta de las Viviendas con Protección Pública Básica (VPPB) y de las Viviendas con Protección Pública de Precio Limitado (VPPL) han sido establecidos mediante Orden 116/2008, de 1 de abril de la Consejería de Vivienda, por la que se adecuan y adaptan los precios máximos de venta y arrendamiento de las viviendas con protección pública a lo dispuesto en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, y su modificación por Real Decreto 14/2008, de 11 de enero.

Por tanto, las viviendas protegidas en la Comunidad Autónoma de Madrid poseen un régimen legal de protección que se refiere a las características, requisitos y limitaciones a los que han de someterse. En particular:

- Están sujetas a unos límites máximos en cuanto a su superficie y precio de venta y de renta.
- Se deben destinar a domicilio habitual y permanente, sin que pueda tratarse de segunda residencia o dirigirse a cualquier otro uso.
- Para cualquier obra o reforma es necesario solicitar autorización a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación.
- Han de ajustarse a la normativa estatal y autonómica en materia de edificación y, además, debe cumplir con las normas técnicas de diseño y calidad específicas para las Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

Los planes de vivienda suponen un conjunto de medidas de apoyo a los ciudadanos con la finalidad de facilitarles la solución de vivienda. Dentro de ellos, la actuación de la Administración autonómica en viviendas con protección pública se concreta en: controles técnicos, estableciendo los requisitos de acceso para los solicitantes,

---

liberalizadas de precio de venta y alquiler, en virtud del artículo 1 del Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo, sobre precio de las viviendas de protección oficial de promoción privada.

<sup>38</sup> Con la correspondiente autorización.

determinando la renta máxima y el precio máximo legal de venta y otorgando ayudas económicas.

Las viviendas son construidas y comercializadas por los promotores, sean éstos públicos o privados. Dichos promotores solicitan a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación la calificación provisional de las viviendas que promueven como vivienda con protección pública.

La calificación provisional es otorgada por la Consejería de Vivienda a un proyecto de ejecución de vivienda, con carácter provisional, previo a la terminación de las obras. Momento en el que se podrá solicitar y, en su caso, obtener la calificación definitiva, por la que se declara su protección pública y se establece su régimen legal. Por tanto, las viviendas adquieren su condición definitiva con la calificación del mismo adjetivo (definitiva) de vivienda con protección pública.

En lo que se refiere a la VPO, por tanto, el procedimiento de calificación consiste en la verificación y comprobación del cumplimiento de la normativa aplicable a las viviendas de protección oficial, así como la adecuación del proyecto y la obra realizada, por parte del órgano territorial competente; hoy, el determinado por la normativa de las distintas Comunidades Autónomas.

El proceso para las VPO, se regula fundamentalmente en los artículos 16 a 20 del Real Decreto 3.148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de Octubre, sobre Política de Vivienda. Dicho proceso se desdobra en dos fases perfectamente diferenciadas: la calificación provisional, donde se analiza la adecuación del proyecto, y la definitiva, en la que se analiza la adecuación de la obra a la normativa especial.

La calificación provisional es, por consiguiente, un mero acto de trámite que crea expectativas de futuros beneficios pero no es un acto constitutivo de derechos adquiridos<sup>39</sup>.

Si la administración competente no otorga la calificación provisional en el plazo de un mes desde la solicitud, se entiende concedida ésta por silencio administrativo positivo de acuerdo con lo establecido en el art. 16 del Real Decreto 3.148/78<sup>40</sup>.

Por ejemplo, no cabe conceder la calificación definitiva de un edificio si no se adjunta a la referida solicitud la oportuna licencia de obras<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr. Sentencia de 1 de julio de 1999, de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

<sup>40</sup> Cfr. Sentencia 14 de noviembre de 1990, de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ 1990/8.927).

La calificación definitiva no constituye un verdadero acto administrativo, ya que se limita a reconocer la adecuación de la obra al proyecto, pero puede ser rectificadas en caso de error sin precisar incoar un procedimiento de lesividad<sup>42</sup>.

Aunque en el ámbito de la Comunidad de Madrid y en mi experiencia profesional no lo he conocido, en caso de retraso en el otorgamiento de la calificación definitiva de VPO, incumpliendo el plazo de más de tres meses desde su solicitud, produciéndose, que se acrediten, han de ser resarcidos<sup>43</sup>.

Por otro lado, los solicitantes de vivienda con protección pública deberán documentar el cumplimiento de los requisitos de acceso ante los promotores que, a su vez, habrán de documentarlo ante la Administración autonómica.

Tras la reciente entrada en vigor, el 11 de abril 2013 y al día siguiente de su publicación, del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, es preciso destacar, algunas de sus novedades que atañen a nuestro estudio.

En efecto, los planes estatales que se han ido aprobando, eran continuistas y estaban centrados en un mismo objetivo: incentivar la promoción y la construcción de viviendas. Este modelo va a ser objeto de cambio con el nuevo Plan estatal, determinando un vuelco absoluto en sus objetivos. En su virtud, los ejes básicos de este Plan pasan a ser el fomento del alquiler y la rehabilitación, renovación y regeneración urbanas. También, incluye un Programa de ayuda al alquiler de vivienda.

Según la Disposición Adicional Cuarta del Plan de vivienda y con el objetivo de que se puedan comercializar lo antes posible, se podrá modificar la calificación provisional o definitiva de las VPO en venta, “procedentes de promociones de viviendas protegidas acogidas a financiación de los planes estatales de vivienda, como también vivienda protegida en alquiler”. Pero, dicha recalificación “no legitimará la obtención de nuevas ayudas estatales”.

El Plan también permite que, durante el plazo máximo de tres años, se puedan descalificar las viviendas protegidas de nueva construcción o procedentes de la rehabilitación y destinadas a la venta, pero siempre que hayan transcurrido al menos seis meses desde su calificación definitiva, y concurren las siguientes

---

<sup>41</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de mayo de 1999.

<sup>42</sup> Cfr. Sentencia 4 de noviembre de 1991, de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ 1991/501).

<sup>43</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 1995.

condiciones, sin perjuicio de las que puedan determinar las Comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla:

a) Que la VPO se haya intentado adjudicar sin éxito y tras quedarse desierto, como mínimo, un ochenta por ciento del total de las viviendas.

b) Hallarse situadas en un ámbito territorial específico en el que pueda acreditarse con datos objetivos y de manera fehaciente que existen suficientes viviendas procedentes de la promoción libre, de similares características, tamaño y precio, terminadas en los últimos dos años, y sin vender.

Además, este Plan de vivienda posibilita el cambio de calificación de la vivienda protegida en venta a vivienda protegida en alquiler y viceversa.

En cualquier caso, toda VPO que se descalifique tendrá que devolver las ayudas económicas estatales percibidas, es decir, ayudas, bonificaciones y exenciones tributarias.

Para realizar esta modificación, que deviene en recalificación o descalificación, es necesario comunicarlo al Ministerio de Fomento en el plazo máximo de 10 días y al Registro de la Propiedad.

## 1. SISTEMA DE DESCALIFICACIÓN, ESPECIALMENTE EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Como ya adelantamos, por “descalificación” de una vivienda protegida, ya sea vivienda con protección pública o vivienda de protección oficial de promoción privada, se entiende la extinción del régimen legal de protección pública por el cual se regía la vivienda en lo relativo a sus características, condiciones de uso, conservación y responsabilidades, ayudas económicas y fijación de precios máximos. Tras lo cual las viviendas pasan a ser, a todos los efectos, viviendas libres. Dicha situación se puede obtener por el transcurso del tiempo establecido de duración de su régimen legal o, en determinadas circunstancias, por solicitud del propietario de la vivienda.

La descalificación supone, por tanto, la extinción del régimen legal de protección de las viviendas protegidas, de forma que éstas pasan a ser, como decimos, a todos los efectos, viviendas libres. Se puede producir, tal y como se ha adelantado, adicionalmente al transcurso de la duración de su régimen legal, por los motivos y circunstancias siguientes:

- Voluntariamente, por solicitud del propietario de la vivienda a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación, transcurrido un período mínimo legalmente establecido, con algunas excepciones: si se trata de viviendas de protección oficial

de promoción pública calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, en el caso de viviendas de integración social<sup>44</sup>, o bien, viviendas con Protección Pública calificadas al amparo del Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio.

- Como consecuencia de sanción impuesta.

En la extinción voluntaria del régimen legal tenemos que distinguir según se trate de Vivienda con Protección Pública (VPP) y Vivienda de Protección Oficial (VPO) de promoción privada.

Para la descalificación de la vivienda debe haber transcurrido un mínimo de quince años desde la calificación definitiva<sup>45</sup>, o bien cinco años desde la calificación definitiva, si se trata de VPO de promoción privada acogida al Decreto 2.114/1968, de 24 de julio<sup>46</sup>.

Para ambos tipos de viviendas protegidas habrá que justificar el motivo por el que se solicita la descalificación y será requisito: no haber obtenido ayudas financieras al amparo del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 aprobado en el Real Decreto 2.066/2008, de 12 de diciembre o del Plan Estatal de Vivienda 2005-2008 recogido en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio. Si se ha obtenido un préstamo cualificado al amparo de planes anteriores de vivienda, el préstamo cualificado habrá de haber sido amortizado o novado a uno libre, restituir las ayudas económicas y bonificaciones y/o exenciones tributarias<sup>47</sup>, con los intereses legales correspondientes. La Administración concederá la descalificación siempre que no se deriven perjuicios para terceros o el interés social.

Para las viviendas con protección pública, además, para el caso de que se hubiera disfrutado de un derecho de superficie o suelo gratuito, habrá de restituir a la Administración aportante un importe equivalente a la mitad del precio legal de la vivienda en el momento de la descalificación. No podrá ser descalificada la

---

<sup>44</sup> Vivienda de integración social o VIS Plan de vivienda 2005-08.

<sup>45</sup> Art. 8 Reglamento de viviendas con protección pública, Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

<sup>46</sup> Debemos tener en cuenta que estas VPO han quedado liberalizadas de precio de venta y alquiler por Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo, por el que se regulan los precios de venta, en segundas y posteriores transmisiones, de las viviendas acogidas a los distintos regímenes de protección oficial de promoción privada, así como las rentas de dichas viviendas y su revisión.

<sup>47</sup> Actos Jurídicos Documentados e IVA o Trasmisiones Patrimoniales. Cfr. Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (últimas actualizaciones, en el momento de redactar estas líneas, para ambas leyes del 28 de diciembre de 2012).

vivienda si está ocupada por un inquilino en régimen de arrendamiento. Tampoco si se hubiera obtenido un préstamo convenido<sup>48</sup>, en cuyo caso el régimen legal se extenderá a treinta años, dentro de los cuales no cabrá la descalificación voluntaria.

<u>Cuadro resumen del coste de la descalificación</u>
Devolución de la cuantía del préstamo pendiente de amortizar
Posible comisión (penalización) por cancelación anticipada del préstamo
Devolución de la cuantía de la subsidiación
Impuesto AJD de la escritura de cancelación del préstamo
Gastos de notario, registro, gestoría
Devolución de bonificaciones tributarias (AJD e IVA o TP)
Tasa <sup>49</sup> por descalificación

Como conclusión, la descalificación es un acto discrecional de la Administración concedente, por lo que su denegación debe ser suficientemente motivada so pena de nulidad de pleno derecho de dicho acto<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Previsto en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

<sup>49</sup> Para iniciar la tramitación de la descalificación de vivienda protegida, es imprescindible acompañar al formulario, la documentación necesaria junto con el Ejemplar para la Administración del modelo 030 de la Tasa 7803 una vez que ésta haya sido abonada. El Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, establece que la cuantía que se ha de abonar por esta actuación es de 55,03 €.

<sup>50</sup> Cfr. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de La Rioja, de 20 de marzo de 2002. (RJCA 2002/608).



Además, como ha quedado dicho, en caso de descalificación se han de devolver los beneficios íntegros percibidos por la vivienda y no en proporción al tiempo que reste del Régimen Legal<sup>51</sup>.

En cuanto a la enajenación de promociones de viviendas con protección pública, cedidas en arrendamiento y sitas en Madrid, ha de tenerse en cuenta tanto el artículo 20 del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, como el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid<sup>52</sup>.

Su texto establece que las Viviendas con Protección Pública para arrendamientos calificados definitivamente, podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados, por promociones completas y a precio libre, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso a nuevos titulares.

Con todo, se requería la previa autorización<sup>53</sup> de la Consejería competente en materia de vivienda. Pero, por Sentencia de 8 julio de 2013, el Tribunal Constitucional desestima el conflicto positivo de competencia planteado por la Comunidad de Madrid contra el Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, con el que el Gobierno modificó las condiciones fijadas por el Ejecutivo madrileño para la venta de estas viviendas, avalando así la tesis que comparto en favor de la venta de las viviendas protegidas.

---

<sup>51</sup> Cfr. Sentencia de 14/6/96, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Navarra. (RJCA 1996/776).

<sup>52</sup> Al regular la transmisión de promoción de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento a terceros. Además, hay que tener en cuenta que el TC en su recentísima Sentencia de 8 de julio de 2013 desestima el conflicto positivo de competencia número 3.194-2008 promovido por la Comunidad de Madrid. En efecto, el art. Único, apartado Uno, número 12 del Real Decreto 14/ 2008, de 11 de enero, por el que se aprobó el Plan Estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda fue impugnado por la CAM por inconstitucionalidad y extralimitación competencial. Dicho Plan estuvo vigente hasta el 25 de diciembre de 2008. La regulación derogada exigía la autorización administrativa por el órgano autonómico competente, en cambio la nueva regulación solo requiere notificar previamente la enajenación. El Alto Tribunal considera que la notificación es una técnica de intervención administrativa más idónea que la autorización para el propósito de la liberalización del mercado del alquiler de viviendas. En consecuencia al modificar el Plan Estatal “el Estado ha ejercido sus competencias normativas”, ya que “puede ejercer actividades de fomento en el mercado inmobiliario por la evidente conexión de este sector con la economía nacional”.

<sup>53</sup> A modo de ejemplo, bajo el número de expediente: 06-GC-00013.2/1996, la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación (Área de Calificaciones) de la C.A.M. autorizó con fecha 22-10-2010 la transmisión de la promoción de viviendas con Protección Pública para arrendamiento, sita en la PARCELA EBA.26 de Madrid. También, en la misma fecha, con el número de expediente: 06-GP-00149.5/2001, autorizó transmisión de las viviendas con Protección Pública para arrendamiento, sitas en la C/ Martín Muñoz de las Posadas 7, Parcela 1.10, en Madrid.

La norma origen del conflicto modificó el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que aprueba el Plan Estatal 2005-2008, con el fin de favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Para ello, sustituyó el requisito de “autorización previa” para la venta de los inmuebles protegidos para el alquiler por el de mera “notificación” al órgano autonómico competente, en consonancia con la normativa europea y la nacional de transposición, “que tienden a privilegiar las declaraciones responsables o comunicaciones previas frente al sistema clásico de autorización”.

Finalmente, cabe una mención a la andaluza Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, curiosa ley de la función social de la vivienda, en la que un principio rector, el derecho a la vivienda, viene a desplazar el derecho a la propiedad, también porque mezcla medidas de fomento de la vivienda, con procedimiento sancionador y la obligación de las compañías suministradoras a “denunciar” a sus clientes que no consumen.

Además hay que señalar al respecto, que el Tribunal Constitucional por Auto de 22 de octubre de 2013 anuló la medida cautelar acordada de suspensión del también andaluz Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, con motivo de la “desaparición sobrevenida de objeto del incidente sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión”, al ser convalidado y tramitado por el Pleno del Parlamento de Andalucía como proyecto de ley, por el procedimiento de urgencia, dando lugar en definitiva a la meritada ley autonómica y a la derogación por el Gobierno autonómico del precitado Decreto.

Desaparición del objeto, análoga en la práctica procesal, al artículo 22 ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil relativo a la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, cuando por ejemplo se enerva la acción de desahucio o abandonaban voluntariamente la vivienda los demandados.

### **III. EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ART. 8 DE LA LEY 9/2003, DE 26 DE MARZO, DE RÉGIMEN SANCIONADOR DE VIVIENDAS PROTEGIDAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

Las Administraciones que desarrollan políticas de vivienda social, tratan de limitar la transmisión y/o cesión del uso de las mismas con medidas fundamentalmente sancionadoras. La Comunidad de Madrid, no es ajena a dichas prohibiciones y un claro ejemplo lo constituye el precepto<sup>54</sup> del título del presente apartado, que

---

<sup>54</sup> Artículo 8 Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid.

Son infracciones muy graves:

a) Percibir, por cualquier concepto, en la construcción, compraventa, adjudicación o arrendamiento de las viviendas protegidas, cualquier cantidad no permitida por la normativa aplicable, incluidas las cantidades que pudieran derivarse de ampliación de equipamiento o de sustitución o mejora de calidades.

b) La venta y compra de suelo destinado a la construcción de cualquier tipo de vivienda o edificación protegida, por un precio superior al coeficiente máximo de repercusión de los terrenos en el precio de las viviendas o edificaciones protegidas.

c) Percibir de los adquirentes o adjudicatarios de viviendas protegidas, antes de iniciar su construcción o durante la misma, cantidades a cuenta del precio sin cumplir los requisitos legales.

d) La venta, adjudicación, arrendamiento o cesión de viviendas protegidas por el promotor a quienes no reúnan los requisitos establecidos para acceder a las mismas.

e) La no presentación de los contratos de compraventa, títulos de adjudicación o contratos de arrendamiento para su preceptivo visado por la Administración de la Comunidad de Madrid, en todos los supuestos en que éste sea exigible.

f) La ejecución de obras en viviendas protegidas que supongan aumento de la superficie máxima permitida o contravengan lo dispuesto en las ordenanzas técnicas y normas constructivas aplicables.

g) El incumplimiento de los requisitos exigibles para la concesión de la calificación definitiva que dé lugar a la no obtención de la misma.

h) Las acciones u omisiones por parte de promotores, constructores o facultativos, durante la ejecución de las obras de edificación de viviendas protegidas, que diesen lugar a vicios o defectos que afecten a la edificación o habitabilidad en los términos previstos en el artículo 17.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que se produzcan dentro de los plazos que la misma establece, contados desde la calificación definitiva.

i) La utilización simultánea de más de una vivienda protegida, salvo cuando se trate de titulares de familia numerosa en los términos autorizados por la legislación vigente en la materia.

j) Alterar el régimen de uso establecido para las viviendas protegidas.

k) No destinar las viviendas protegidas a domicilio habitual y permanente o dedicarlas a segunda residencia.

Se considera que no se destina a domicilio habitual y permanente cuando permanezca desocupada durante un plazo superior a tres meses seguidos sin causa justificada.

l) La transmisión intervivos o cesión de uso de viviendas protegidas o rehabilitadas con financiación de las Administraciones estatal o autonómica, antes del transcurso del plazo establecido por la normativa aplicable, o sin cumplir los requisitos establecidos para ello o sin autorización administrativa cuando ésta sea preceptiva.

versa sobre las infracciones calificadas de muy graves en materia de viviendas protegidas en la Comunidad de Madrid.

En dicho ámbito autonómico, la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, califica en su art. octavo (apartados *l* y *m*), de infracción muy grave la cesión del uso de viviendas protegidas, de la siguiente forma:

- **l)** La transmisión intervivos o cesión de uso de viviendas protegidas o rehabilitadas con financiación de las Administraciones estatal o autonómica, antes del transcurso del plazo establecido por la normativa aplicable, o sin cumplir los requisitos establecidos para ello o sin autorización administrativa cuando ésta sea preceptiva.
- **m)** La cesión onerosa o gratuita de los derechos inherentes a la condición de arrendatario o adjudicatario, el arrendamiento o cesión de uso, total o parcial, y el subarriendo de las viviendas promovidas por las Administraciones públicas o empresas de ellas dependientes.”

IGLESIAS GONZÁLEZ<sup>55</sup> reflexiona que no es sencillo poner puertas al campo; ni útil, ni recomendable. El autor tiene la sensación de que, cada vez que habla o escribe sobre el régimen jurídico de las viviendas protegibles, habla y escribe sobre humo.

Resulta evidente la distancia que existe entre las medidas legales previstas para evitar el fraude en la adquisición y transmisión de viviendas protegidas y la realidad. El enorme esfuerzo colectivo (y no solo de índole económico) que se encuentra detrás de las políticas públicas de vivienda, se desvirtúa de forma plena si no cumple los fines sociales que se pretende y si quienes terminan adquiriendo una vivienda protegida no son las personas que más lo necesitan.

Que las viviendas protegidas acaban en un mercado secundario en el que el precio real es bien distinto del declarado resulta palmario. En los últimos años se ha incidido demasiado en limitar el contenido jurídico de la titularidad de las viviendas protegidas, prohibiendo la disposición temporal de estas viviendas, prohibiendo su descalificación durante el tiempo que dure la calificación de la vivienda o estableciendo derechos de tanteo y retracto, además obviamente de la

---

m) La cesión onerosa o gratuita de los derechos inherentes a la condición de arrendatario o adjudicatario o el subarriendo o cesión parcial de las viviendas promovidas por las Administraciones Públicas o empresas de ellas dependientes.

<sup>55</sup> IGLESIAS GONZÁLEZ, F., "Régimen jurídico de la vivienda protegida y políticas de suelo", Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº 12, Madrid, 2008, Pp. 219 a 237.

limitación de precio de venta y renta durante el plazo de calificación. Limitaciones y prohibiciones que en escasas ocasiones han venido acompañadas de equipos humanos que persiguieran el cumplimiento de estas obligaciones e impusieran sanciones, aunque fueran ejemplarizantes.

Quizá sea más oportuno olvidarse de las viviendas protegidas como producto económico, creando mercados paralelos e irreales, en realidad muchas veces falsos mercados, y centrarse en conseguir que quienes acceden a estas viviendas verdaderamente sean merecedores del esfuerzo de todos.

Las políticas de vivienda deberían alejarse de la obsesión por conseguir que las viviendas protegidas tengan un precio muy inferior al de mercado, lo que necesariamente marca una tendencia natural al fraude, y dejar de fijar compulsivas limitaciones al derecho de disposición de los titulares de estas viviendas, todos pergeñados desde la presunción del fraude.

El mecanismo más innovador y fresco de las últimas políticas estatales y autonómicas de vivienda para conseguir que cumplan sus fines sociales reside en la creación por las Comunidades Autónomas de registros de demandantes, de forma que, necesariamente, las personas que adquieran una vivienda protegida, en primera o en segunda o posteriores transmisiones, debe acreditar su inscripción en un registro de demandantes de vivienda protegida, para el que se exigirá el cumplimiento de toda una serie de requisitos económicos y personales. Lástima que no todas las Comunidades Autónomas hayan creado estos registros, a pesar de que, conforme al tenor literal de la normativa estatal, parecen obligatorios.

Si acompañamos los registros de demandantes con la promoción directa de viviendas protegidas por las Administraciones públicas, a través o no de empresas públicas con forma jurídico-privada, única alternativa a la huida de los promotores privados a la vivienda libre en periodos económicos en alza, las políticas de vivienda obtendrían mejores resultados sociales.

Sirva como caso práctico para ilustrar lo expuesto en este apartado, que por un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, hacia el mes de marzo de 2003, se dictó sentencia por la que se dispuso la separación del matrimonio formado por dos personas. Dicha sentencia aprobó el convenio regulador acompañado con la demanda por los cónyuges, mediante el cual se regulaba la liquidación de los bienes gananciales. Como consecuencia de dicha liquidación se adjudicó la vivienda que había sido el domicilio conyugal por mitad y pro indiviso a cada uno de los ex cónyuges.

Posteriormente, un ex cónyuge inicia un procedimiento ordinario a los efectos de obtener la división de la vivienda obteniendo el valor de su mitad respecto al otro cónyuge, la cual estima económicamente en una determinada suma.

La parte demandada se opone a la valoración propuesta basándose en que la vivienda en cuestión es una vivienda de protección oficial de promoción privada y que dicha calificación se deriva de la imposición legal de su valoración en un precio

máximo de venta. Dicha parte realizó una consulta a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, y por este motivo, entiende que el precio de la misma es menor al señalado en la demanda.

A su vez, sostiene la demandada que en virtud de lo dispuesto por la Orden 2.907/2005, es necesario, antes de proceder a la venta de la esta, ofertar a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid el derecho de tanteo y retracto legal, para tras su consecuente renuncia, permitir a la parte vendedora y compradora formalizar la correspondiente escritura de compraventa, debiéndose protocolizar la referida renuncia al derecho de tanteo o retracto legal. De no procederse de tal manera se infringiría la legislación existente sobre tales viviendas (9/2003 de 26 de marzo del Régimen Sancionador en materia de vivienda y Orden 3.148/1978 de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto 31/1978 de 31 de octubre sobre Política de Vivienda y Orden 2.907/2005 de 23 de septiembre de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación de Territorio, por la que se delimitan los suelos sometidos al derecho de tanteo y retracto regulado en el artículo 182.1b) de la Ley 9/2001, de 17 de Julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid).

Pues bien, al respecto el art. octavo de la Ley 9/2003 de 26 de marzo considera una infracción muy grave percibir, por cualquier concepto, en su apartado a) en la construcción, compraventa, adjudicación o arrendamiento de las viviendas protegidas, cualquier cantidad no permitida en la normativa aplicable, incluidas las cantidades que pudieran derivarse de ampliación de equipamiento o de sustitución de mejora de calidades; y en su apartado b) la venta y compra de suelo destinado a la construcción de cualquier tipo de vivienda o edificación protegida, por un precio superior al coeficiente máximo de repercusión de los terrenos en el precio de las viviendas o edificaciones protegidas. En el caso de estas infracciones graves, el artículo 9 de la misma ley dispone una multa de 6.000 a 60.000 euros.

## 1. REGLAMENTO DE ADJUDICACIÓN EMVS<sup>56</sup>

Fuera del ámbito normativo autonómico y estatal, en el local, destaco por su significación personal, por ser servidor de la misma, el reglamento de adjudicación de la EMVS, que, como se adelantó, es una mercantil local encargada de la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local, al modificar el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril,

---

<sup>56</sup> “Reglamento de Adjudicación de Viviendas con Protección Pública afectas a los Programas Municipales de Vivienda a aplicar por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.”, aprobado por el Ayuntamiento de Madrid en Sesión Ordinaria de fecha 30 de octubre de 2012”.

Reguladora de las Bases de Régimen Local, contempló varios modos de gestión directa puestos a disposición de las corporaciones locales; aunque gestión directa en sentido estricto, evidentemente, es solo “la gestión directa por la propia entidad local”. Las otras tres restantes (el organismo autónomo local, la mercantil local, cuyo capital es íntegramente municipal y la entidad pública empresarial local) más bien son formas de gestión instrumental, las cuales, por tanto, se desarrollan no ya por la Corporación local, sino por otro ente con personalidad creado, justamente, para atender la gestión en un ámbito o sector con responsabilidad del Ayuntamiento. O también, en palabras del artículo 85 de la propia Ley, en el ámbito de un servicio público local<sup>57</sup>.

Por su parte atendido el contenido del artículo 85 ter<sup>58</sup>, los Estatutos de dicha Sociedad recogen, que el régimen legal se acomodará íntegramente al “ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y a lo establecido en los presentes Estatutos”<sup>59</sup>.

La adjudicación de vivienda protegida que es lo que, en definitiva, regula el reglamento de constante mención, es una actividad reglada y por tanto, considero que es una actividad administrativa.

En esta última versión el reglamento mejora en los siguientes aspectos<sup>60</sup>:

- El nuevo texto elimina la penalización por renuncia del adjudicatario cuando concurren circunstancias como desempleo o cuando no se produzca la subrogación de la hipoteca.
- Entre las novedades del nuevo procedimiento de adjudicación, también está la desaparición de las convocatorias periódicas de oferta de viviendas y su sustitución por un proceso, más ágil y sencillo, de gestión continua.
- Los nuevos inscritos en el Registro permanente de solicitantes podrán ser adjudicatarios de vivienda de forma más rápida, al eliminar la rigidez del texto anterior, que impedía que se pudiera optar a las viviendas de una convocatoria ya en marcha.

---

<sup>57</sup> Cfr. BARRERA VILÉS, F. (2009). “Un tipo de organismo público: la entidad pública empresarial local”, 2, Enero-Marzo 2009, Revista Electrónica CEMCI [En línea], pág. 2. [www.cemci.org/revista/revista2/documentos](http://www.cemci.org/revista/revista2/documentos). Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

<sup>58</sup> El número 2 del artículo 85 ter recientemente modificado según redacción del número veintidós del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en el sentido de adaptarse al texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

<sup>59</sup> Cfr. Estatutos Sociales de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., [En línea] [www.emvs.es/](http://www.emvs.es/). Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

<sup>60</sup> Fuente: [www.emvs.es/Comunicacion/NotasPrensaDocs/Nuevoreglamento](http://www.emvs.es/Comunicacion/NotasPrensaDocs/Nuevoreglamento). Fecha de consulta: 3/03/2015.

De dicho reglamento conviene resaltar el art. tercero<sup>61</sup>, que se ocupa del régimen y destino de las viviendas, esto es arrendamiento y/o venta. En relación al presente estudio es de importancia destacar, como se contempla el arrendamiento indisolublemente ligado con la obligación de constituir la vivienda el domicilio habitual y permanente del adjudicatario.

Tanta importancia tiene que, en definitiva, el adjudicatario tenga su domicilio en la vivienda en el régimen de que se trate, que la novación en su persona, por ejemplo en una vivienda protegible arrendada provoca la resolución del contrato administrativo de adjudicación, a tenor de lo dispuesto en el art. veinticuatro<sup>62</sup>, que en su apartado b) refiere entre las causas de resolución de los contratos “el hecho de que la vivienda adjudicada no constituya domicilio habitual y permanente de la unidad familiar adjudicataria, salvo que existan causas

---

<sup>61</sup> Artículo 3

1. El régimen de adjudicación de las viviendas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento podrá ser de arrendamiento, de arrendamiento con opción a compra y de venta.
2. Las viviendas se destinarán a domicilio habitual y permanente de los adjudicatarios y, en su caso, tendrán las limitaciones establecidas por la normativa vigente que resulte de aplicación.
3. Las relaciones entre el adjudicatario y la EMVS, se regirán por las presentes normas, supletoriamente por la normativa de vivienda protegida que resulte de aplicación y, subsidiariamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

<sup>62</sup> Artículo 24

1. Serán causas de resolución:

- a) La declaración de la nulidad o anulabilidad de la adjudicación.
  - b) El hecho de que la vivienda adjudicada no constituya domicilio habitual y permanente de la unidad familiar adjudicataria, salvo que existan causas debidamente justificadas y que hayan dado lugar a la correspondiente autorización expresa por parte de la EMVS o administración competente por razón de la materia.
  - c) No aportar ante el requerimiento de la EMVS, la documentación que acredite el cumplimiento de requisitos establecidos para la adjudicación.
  - d) Cuando por circunstancias sobrevenidas el adjudicatario o cualquier miembro de la unidad familiar haya dejado de cumplir alguno de los requisitos exigidos para el acceso a la vivienda adjudicada.
  - e) Cuando el adjudicatario incumpla la obligación a que se refiere el artículo 9.1 de este Reglamento.
2. La resolución de los contratos a instancias del adjudicatario por causa imputable al mismo, llevará aparejada las penalizaciones que se hayan establecido en los mismos.



debidamente justificadas y que hayan dado lugar a la correspondiente autorización expresa por parte de la EMVS o administración competente por razón de la materia”.

Para completar la exposición en este apartado, también habría que hacer referencia somera a la prohibición de disposición por vía del derecho de tanteo y retracto<sup>63</sup>, que pueden establecer los municipios sobre las viviendas protegidas que puedan promover. A título ilustrativo, cabe citar las limitaciones de disponer previstas en el art. veinticinco<sup>64</sup> del Reglamento de adjudicación de viviendas con

---

<sup>63</sup> Aunque en puridad, no afecte al arrendamiento sino al pleno dominio, tiene importancia aquí por la aparente novación subjetiva que plantea.

<sup>64</sup> Artículo 25

1. La facultad de disposición sobre las viviendas adjudicadas en aplicación de las presentes normas estará sujeta a las siguientes limitaciones:

a) Las que vengan impuestas por la respectiva normativa estatal o autonómica reguladora de vivienda protegida.

b) Durante el plazo de veinte años desde la elevación a público del contrato de compraventa de la vivienda, la transmisión inter vivos de la misma estará sujeta a un derecho de tanteo y retracto a favor de la EMVS.

2. Los derechos de tanteo y retracto se establecen en favor de la EMVS, que tendrá acceso al Registro de la Propiedad, de la siguiente forma:

a) El derecho de tanteo se podrá ejercitar en el plazo de sesenta días naturales, a contar desde el siguiente a aquel en que se notifique en forma fehaciente por el vendedor a la EMVS, en su domicilio social, la decisión de vender o dar en pago la vivienda, el precio ofrecido, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del adquirente:

1. En el supuesto de que el precio fuera superior al permitido, se considerará como precio el máximo determinado por la legislación vigente.

2. Será obligatorio formalizar la escritura pública en el plazo máximo de dos meses desde la notificación del ejercicio del derecho de tanteo por parte de la EMVS.

3. La comunicación a la EMVS, a efectos del ejercicio del derecho de tanteo, de la intención de vender y demás circunstancias a que se refieren los párrafos presentes se considerará como una oferta firme de venta, facultando a la EMVS, a adquirir la vivienda en las condiciones comunicadas, aun en el caso de renuncia a la compra por parte del adquirente.

b) El derecho de retracto se ejercitará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.507 y siguientes del Código Civil, cuando no se hubiere hecho la notificación del tanteo prevista en el apartado anterior, se omitiere en ella cualquiera de los requisitos exigidos, resultare inferior el precio de la transmisión o menos onerosas las restantes condiciones de esta o se formalizara en distintas condiciones que las notificadas a efectos de tanteo. El adquirente tendrá la obligación de comunicar a la EMVS, en los treinta días siguientes desde la formalización de la escritura, las condiciones esenciales de la transmisión.

protección pública afectas a los programas municipales de vivienda a aplicar por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., de 30 de octubre de 2012. El precitado artículo, en síntesis, recoge una serie de cautelas para evitar la especulación y el vil beneficio, para quien trate de lucrarse con el mercadeo de las viviendas protegidas, pues si lo son, es por una apuesta de Administraciones Públicas en pro del derecho constitucional programático a una vivienda digna, con un esfuerzo presupuestario de las mismas en forma de subvenciones y políticas de fomento.

Respecto a la limitación del precio de venta y renta de las viviendas protegibles, IGLESIAS GONZÁLEZ<sup>65</sup> nos recuerda que salvo que la vivienda se descalifique, mientras la vivienda se sujete a un régimen de protección pública deberá cumplirse con esta limitación que obliga a respetar un precio de venta y renta fijados administrativamente, incluso, y comparto la opinión, si la titularidad de la vivienda procede de un procedimiento de ejecución hipotecaria, dado que este procedimiento no es causa de extinción del régimen de protección. La jurisprudencia entiende, en una línea ya consolidada, que el incumplimiento de esta obligación no provoca efectos sobre la validez civil del contrato de enajenación o arrendamiento, ni de forma total o parcial, sino que tiene consecuencias puramente administrativas, normalmente la imposición de una sanción (*vid.*, por todas, la STS 19 de noviembre de 2002). El precio máximo de venta y renta de una Vivienda Protegida viene determinado por lo que se denomina, en la normativa estatal, como precio básico a nivel nacional (comúnmente conocido por su

---

3. Los derechos de tanteo y retracto tendrán una vigencia de veinte años con las limitaciones establecidas en el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 aprobado por el Real Decreto 2.066/2008, de 12 de diciembre, en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 74/2009 de 30 de julio, y disposiciones que en un futuro los desarrollen o sustituyan.

4. En el supuesto en que la EMVS no ejercitara el derecho de tanteo, la transmisión habrá de efectuarse a favor de los solicitantes integrantes del listado ordenado de participantes vigente, garantizándose los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, y de lucha contra el fraude en las primeras y posteriores transmisiones, con las limitaciones establecidas en el Real Decreto 2.066/2008, de 12 de diciembre, y normas que lo desarrollen o sustituyan. En el supuesto de no existir, dentro del listado ordenado de participantes vigente, ninguno interesado en la citada transmisión, la EMVS autorizará la misma a favor de quien disponga el propietario de la vivienda, siempre y cuando las condiciones de la transmisión se ajusten a lo establecido en el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 aprobado por el Real Decreto 2.066/2008, de 12 de diciembre, en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 74/2009, de 30 de julio, y disposiciones que en un futuro los desarrollen o sustituyan. En este caso, el vendedor en primera y ulteriores transmisiones, estará obligado a hacer efectivo el 20 por 100 del precio de la transmisión a la EMVS, si esta se verificara antes de los veinte años desde la venta de la vivienda en escritura pública por parte de la EMVS.

5. Esta obligación se configurará como condición resolutoria de la compraventa en la escritura de compraventa de la vivienda.

<sup>65</sup> Op. cit., p. 225.

denominación legal anterior, como módulo ponderado). Para segundas o posteriores transmisiones de las viviendas protegidas, el precio máximo de venta, por metro cuadrado de superficie útil, no podrá superar el establecido para las viviendas calificadas o declaradas con idéntica modalidad de protección por la Comunidad Autónoma en la misma fecha en la que se produzca la transmisión y en la misma localidad o circunscripción territorial.

En caso de un arrendamiento de vivienda protegida, en el que la unidad familiar constituida por varias personas se reduce, dicha merma podría suponer un incumplimiento sobrevenido a las condiciones que determinaron dicha adjudicación, piénsese en el supuesto de un número de dormitorios en consonancia con el número de personas que forman la unidad familiar.

Pero si se trata de la propiedad en condómino de una vivienda protegida, el meritado reglamento de la EMVS plantea un análisis jurídico en torno a su extinción y la procedencia de la penalización que ampara el derecho de tanteo y retracto a favor de la mercantil municipal.

#### IV. LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO Y LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

Respecto a los derechos de tanteo y retracto y la penalización del veinte por ciento del precio de la transmisión del art. 25.4 del Reglamento de la EMVS, hay que tener presente que la extinción del condominio no supone una transmisión, ya que la facultad de adjudicar el bien indivisible a uno de los condueños es en todo caso un negocio jurídico de carácter dispositivo y no particional.

Así, se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado, por todas en la Resolución de 2 de enero de 2004, que establece que la extinción de una comunidad que recae sobre un bien indivisible, adjudicándolo a un condueño e indemnizando a los demás no tiene eficacia dispositiva sino particional.

El problema que se plantea es si en la extinción de un condominio sobre un bien indivisible como es una vivienda protegida, adjudicándose la totalidad del bien un único miembro de esa comunidad, y compensando al resto en dinero, supone una transmisión a efectos de los derechos de tanteo y retracto a favor de la mercantil local y si el vendedor en primera y ulteriores transmisiones, estará obligado a hacer efectivo veinte por ciento del precio de la transmisión a la EMVS conforme al art. 25 de su Reglamento de adjudicación.

Pues bien, a continuación hacemos un breve repaso del estado de la situación en el campo jurídico, siguiendo a GONZÁLEZ VÁZQUEZ<sup>66</sup>.

La Sentencia del TSJ de Madrid nº 468/1997 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6 de Mayo, es muy descriptiva al respecto, rezando textualmente "la naturaleza traslativa de dominio o no de la participación de bienes hereditarios, constituye una cuestión que no ha sido resuelta pacíficamente ni definitivamente por la doctrina científica y jurisprudencial. A este respecto, constituye una directriz sostenida con bastante frecuencia y consistencia, que dicha operación cuando va unida e integrada en el ciclo complejo de la transmisión hereditaria no tiene trascendencia ni autonomía respecto del resto de las operaciones particionales y, por tanto, no produce por sí sola un efecto traslativo del dominio. Sin embargo, en determinados casos sí puede tener relevancia y trascendencia propias, como ocurre cuando se produce una adjudicación excesiva. Según esta tesis, que es asumida en esta sentencia, tal operación de exceso de adjudicación que conlleva necesariamente el abono del exceso, constituye un acto jurídico de naturaleza onerosa, conmutativo y traslativo de dominio, que no puede ser asimilado a estos efectos a los actos de disolución de comunidad de bienes ordinaria, comunidad hereditaria, sociedad de gananciales...".

Con la misma doctrina jurisprudencial nos topamos en la Sentencia del TSJ Castilla La Mancha del 12 de Marzo de 1999 "la extinción de la comunidad y adjudicación de los bienes integrantes de la misma a sus partícipes, no da lugar a una verdadera transmisión de dominio, en cuanto la división produce en los comuneros ningún beneficio patrimonial, al existir una adjudicación proporcional y equitativa de los bienes existentes en la comunidad que se disuelve, respetando la cuota de participación que cada uno tenía, siendo coherente con ese carácter declarativo de la adjudicación el art. 450 CC al disponer que cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión".

Un interesante punto de vista, al respecto, lo encontramos en la Sentencia del TSJ de Madrid, nº 792/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de Mayo, en el que se recoge un sector de la doctrina jurisprudencial de Supremo, y que se nos describe en su fundamento de derecho segundo que "si bien es cierto como sostiene el Ayuntamiento demandado, que las aportaciones de bienes a una comunidad y las adjudicaciones a los comuneros, en los casos de división total o parcial de la comunidad, no se produce la sujeción al tributo, ya que las comunidades de bienes carecen de personalidad jurídica y no se da, en tales operaciones, una transmisión sino una simple alteración en la forma de encontrarse atribuido el dominio sobre los mismos bienes, produciendo la división

---

<sup>66</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, P., "La tributación de las disoluciones de comunidades de bienes por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana: un caso práctico a la luz de la jurisprudencia". Fuente: <http://noticias.juridicas.com/articulos/35-Derecho-Fiscal-Financiero-y-Tributario/200802-13141516178544.html>. Fecha de consulta: 17/05/2014.

un efecto declarativo y no traslativo, porque no atribuye algo que ya no tuvieran antes los comuneros y no produce en estos ningún beneficio patrimonial, al existir una distribución proporcional y equitativa de los bienes existentes en la comunidad que se disuelve respetando la cuota de participación que cada uno tenía, como ha señalado el Tribunal Supremo, no es menos cierto, que en aquellos supuestos en que el terreno adjudicado al comunero exceda del que le corresponda, existe una transmisión gravable en cuanto al exceso".

Los fallos del Supremo a los que se refiere la sentencia anterior del TSJ de Madrid, son las sentencias TS de 4 de Noviembre de 1989 y 27 de Junio de 1995 que reafirman enérgicamente "la inexistencia de hecho imponible en el supuesto de extinción de condominio cuando la adjudicación o exceda del porcentaje atribuible a la primitiva participación y que la adjudicación extintiva de la comunidad de bienes no es un acto genuinamente traslativo, ya que no hay verdadera transmisión de un derecho preexistente en que una persona sucede a otra, participando más bien de la naturaleza de un acto declarativo de fijación, dando certeza y concreción a la situación de cada titular, siendo coherente con ese carácter declarativo de la adjudicación el artículo 450 del Código Civil al disponer que "cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión".

Como se puede entrever, la doctrina jurisprudencial expuesta determina dos conclusiones: la primera, que los actos de extinción de comunidades de bienes no gozan de naturaleza traslativa, sino de mera especificación de derechos, y la segunda, que cualquier adjudicación a mayores de lo que realmente le correspondería por su cuota de participación, es una transmisión jurídica. El TSJ de Navarra, en su conocida sentencia de 2 de Mayo de 2000, falló rotundamente que "estos supuestos de disolución de la comunidad no son equiparables a aquellas en que un comunero ejercita la acción de división, recibiendo únicamente una compensación económica, puesto que éste deja de tener ningún bien en propiedad, ya que pasa exclusivamente a percibir su equivalente económico de su cuota de participación en el condominio, en una similitud total con el precio de la compraventa. Se produce por lo tanto, una situación en todo equivalente a la de la compraventa, cual es la transmisión de su cuota, y a consecuencia de ello se produce el incremento de valor por el período impositivo puesto de manifiesto por este negocio jurídico entre el momento de la adquisición del bien y su transmisión".

Vista la óptica desde la que se aborda la cuestión por la jurisprudencia, la llave para poder entender si verdaderamente se produce o no una transmisión efectiva, pasa necesariamente por analizar la naturaleza jurídica de los condominios, de las comunidades de bienes.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la extinción de condominio versus la transmisión del dominio, de acuerdo al artículo 392 de nuestro CC, existe una comunidad de bienes cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece

proindiviso a varias personas. Sobre la naturaleza jurídica de los condominios, nuestro Tribunal Supremo ha ratificado expresamente la "teoría plúrima total" (defendida por gran parte de la doctrina científica civilista) según la cual existe tantos derechos como comuneros pero cada uno de ellos tiene un derecho pleno y no parcial sobre toda la cosa, que, cualitativamente, es igual al derecho de propiedad exclusivo, si bien cuantitativamente está limitado en cuanto a su ejercicio por la existencia del derecho de los demás.

Asimismo, por su propia naturaleza y por la misma *ratio legis civilista*, la situación del condominio se entiende transitoria o *sui generis*, ya que el propio Código Civil establece la facultad de cualquier comunero para poder salir de la comunidad de manera unilateral y en cualquier momento, mediante la conocida como *acto comuniti dividendo* del artículo 400 CC, por lo que estas comunidades por cuotas ideales o abstractas no tienen concreción material hasta el mismo instante de la división, como ilustra la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1973.

Ahora bien, como nos describe el CC en sus arts. 400 y 404, la facultad de pedir la división de la cosa común tiene dos límites: la existencia de pacto conservativo de la indivisión (que no nos interesa), y que la cosa común, por su propia naturaleza, sea objetivamente indivisible. En estos casos de indivisibilidad, se puede poner fin a la situación de la comunidad de dos maneras: o bien vendiendo la cosa y repartiendo el precio o bien adjudicando la cosa a uno de los condueños indemnizando a los demás por su participación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.062 CC. Esta indemnización, producto del exceso motivado por la indivisibilidad del bien, no se considera una transmisión, es un exceso, si se quiere, legal, permitido por la propia legislación.

La propia jurisprudencia ha admitido en este sentido la naturaleza jurídica de las extinciones de las comunidades de bienes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1994 estableció que "la división de la cosa común, con extinción del condominio, es una actividad que podría calificarse en cierto modo de interna, cuya función no es traslativa del dominio sino que consiste en concretar materialmente las cuotas abstractas correspondientes a los copropietarios; que a través de tal operación se distribuyen y adjudican las respectivas porciones sin que globalmente varíen los titulares ni en su número ni en la proporcionalidad de su participación...". En idénticos términos se muestra, entre otras, la Sentencia del TSJ del País Vasco nº 509/1995 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 18 de Septiembre.

Por consiguiente, de la propia naturaleza de una comunidad de bienes y del sentido jurídico de su disolución, no puede entenderse, directamente, que estamos ante una mera transmisión.

De todo lo apuntado anteriormente debe concluirse que no estamos ante supuestos de sujeción, más bien lo contrario, por la naturaleza propia de la extinción de un condominio sobre un bien indivisible, que dista mucho de concordar con el concepto jurídico de transmisión.

En hilo al tema nos encontramos con la doctrina jurisprudencial y en concreto con la Sentencia del TSJ Castilla La Mancha del 12 de Marzo de 1999, la cual, establece que “la extinción de la comunidad y adjudicación de los bienes integrantes de la misma a sus partícipes, no da lugar a una verdadera transmisión de dominio, en cuanto la división produce en los comuneros ningún beneficio patrimonial, al existir una adjudicación proporcional y equitativa de los bienes existentes en la comunidad que se disuelve, respetando la cuota de participación que cada uno tenía, siendo coherente con ese carácter declarativo de la adjudicación el art. 450 CC al disponer que cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión”.

En relación a lo inmediatamente tratado, otro supuesto práctico que puede plantearse es la concurrencia de la cotitularidad de una cuota-parte del edificio con la titularidad del arrendamiento de una vivienda o local del mismo.

A este respecto, hay que adelantar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de mayo del 2010, cuyo ponente fue el magistrado D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, resolvió que la adquisición de una parte indivisa del edificio no supone la extinción del contrato de arrendamiento, pues en la misma se razona que sobre el ámbito de aplicación del Código civil, el arrendamiento que hace un codueño a otros no es arrendamiento de inmueble, sino de derechos y en consecuencia no queda sometido a la normativa especial de la LAU<sup>67</sup>.

Como ponen de manifiesto otras sentencias de dicho alto Tribunal de 23 de diciembre de 1992 y 4 de diciembre de 1987, relativas a división de cosa común y que mantienen que en situación de condominio, el arrendamiento que haga un copropietario a uno de los condóminos o a un extraño, de su cuota ideal, no supone arrendamiento de un espacio real y físicamente delimitado, que es el concepto básico del arrendamiento urbano, sino solamente de un derecho, representado por la referida cuota ideal y abstracta, por lo que no se rige por la normativa especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino por la común del Código civil del arrendamiento de cosa. Insistiendo en lo que ya había dicho la sentencia de 28 de mayo de 1986 y que se reitera ahora, una vez más, la copropiedad, ordinaria o romana (*communio iuris*) que regulan los artículos 392 y siguientes del CC, se caracteriza por la existencia de una pluralidad de titulares de un derecho de propiedad sobre la cosa, el edificio; lo que se explica por la *doctrina de la propiedad*

---

<sup>67</sup> Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. La penúltima y significativa revisión, vigente desde el 6 de junio de 2013, dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (“BOE” 5 junio). La última modificación, vigente desde el 31 de marzo de 2015, por Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que sólo afecta a la revisión de rentas (art. 18), para los contratos que se perfeccionen con posterioridad a su entrada en vigor.

*plúrima total*, que se sintetiza en el reconocimiento a cada cotitular de un derecho de propiedad plena sobre la cosa, limitado por los derechos iguales de los demás.

Así mismo, en las sentencias de 4 de diciembre de 1987 y 23 de diciembre de 1992, se afirma que el arrendamiento que hace un condómino a un tercero o a un extraño, es de una cuota ideal y abstracta, que queda fuera de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Lo que aquí se mantiene y, con ello se reitera la doctrina que expresa la citada sentencia de 19 de mayo de 2006, sin embargo "es perfectamente posible la concurrencia de una cotitularidad de una cuota-parte del edificio con la titularidad de un derecho de disfrute, uso privativo sobre alguna (o la totalidad) de sus partes (dependencias) cuando este derecho está fundado en un título válido e idóneo al efecto", como lo es un contrato de arrendamiento muy anterior, que no se extinguió.

En definitiva, el estudio de la extinción del condominio respecto a una vivienda protegida, adjudicada en régimen de compraventa, al margen del interesante estudio y su casuística en torno a la penalización sobre el precio de la transmisión que puede entrañar, también puede incardinar la existencia coetánea de un arrendamiento de una dependencia o habitación de la misma.

Arrendamiento, que sí provoca una penalización sancionada en la normativa administrativa sobre vivienda protegida, pues supone un incumplimiento a las normas de adjudicación, que ordenan destinar la vivienda para residencia habitual y permanente de los adjudicatarios, so pena de contar con la autorización de la Consejería correspondiente de la Comunidad de Madrid, para alquilar dicha vivienda de promoción pública, pero no de una dependencia u habitación, sino de la vivienda en su integridad y sometiendo dicho alquiler a las normas sobre viviendas con protección establecidas, en especial en cuanto al precio máximo de renta se refiere.

Por otro lado, ya hemos visto, que la cesión parcial de una dependencia de la vivienda protegida de que se trate, que hace un condueño a los otros, quedaría al margen de la regulación establecida para los arrendamientos urbanos, rigiéndose por el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Así las cosas, ante una crisis de pareja que suponga la extinción del condominio de la vivienda protegida en la que habitan, la naturaleza interna de la operación y de no traslación de dominio, que conlleva la exención de penalización, puede generar la incorrección de la adjudicación. Pensemos en el caso de una pareja con una vivienda social de dos habitaciones, en la que tras la extinción del condominio, continúa solo uno de los ex cónyuges habitándola, generándose una suerte de incumplimiento sobrevenido a la idoneidad de las características de la vivienda – recordemos siempre social- con la unidad familiar adjudicataria. O bien, que el ex cónyuge haga cesión parcial de una dependencia de la vivienda protegida, para compensar la merma de ingresos, burlando así los fines sociales de la adjudicación.





## CAPÍTULO SEGUNDO: NOCIONES INSTRUMENTALES

### I. CONCEPTO E HISTORIA DE LA NOVACIÓN

TASENDE CALVO<sup>68</sup> afirma que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina tradicional iniciada por diversos comentaristas<sup>69</sup> y perfilada definitivamente por los anotadores de ENNECCERUS, viene admitiendo, con fundamento en los arts. 1.203, 1.204 y 1.207 del Código Civil, dos formas de novación: la llamada propia o “extintiva” y la impropia o “modificativa”; además el deslinde entre una y otra debe hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación introducida.

En todo caso, algunas interpretaciones posteriores han pretendido sostener que GARCIA GOYENA logró un cambio radical al anticipar la novación modificativa, si bien lo cierto es que con dicha aclaración más se pretendía distinguir la mera modificación no esencial –integrada en el haz de facultades de las partes deducidas del contenido del contrato- de la que efectivamente afectaba a la esencia de la obligación<sup>70</sup>.

GÁLVEZ CRIADO<sup>71</sup> entiende que el Código Civil español, siguiendo en parte en este punto al Código civil francés (y al italiano de 1865, continuador de este último) regula el cambio de la persona del deudor como una de las posibles aplicaciones de la novación: la novación subjetiva por cambio de la persona del deudor, figura ésta de origen romano que, en este caso, significaría la extinción de una obligación con liberación de quien era su deudor y el nacimiento de otra nueva en su lugar a cargo del nuevo deudor; una y otra causalmente conectadas. El artículo 1.156 del Código Civil español la recoge como uno de los posibles modos de extinción de las obligaciones, pero en la regulación más detallada de los artículos 1.203 y siguientes aparece como un supuesto más bien de modificación que de extinción de obligaciones. Tal regulación y la tensión modificación-extinción que acompaña a este instituto es fruto de la evolución sufrida por el mismo desde el Derecho romano, sobre todo durante la Época Intermedia.

---

<sup>68</sup> TASENDE CALVO, JULIO J., “La novación en la jurisprudencia y su particular aplicación a los contratos de arrendamiento”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. III, Pamplona, 1994, Pp. 45 a 74.

<sup>69</sup> Como GARCIA GOYENA y CLEMENTE DE DIEGO, en *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera. La transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1912, pássim.

<sup>70</sup> MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> Fernanda, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, P. 135.

<sup>71</sup> GÁLVEZ CRIADO, A.: “Líneas históricas de la Novación Subjetiva por cambio de deudor con especial referencia al Derecho Castellano”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2006, XXVIII, Pp. 159 a 185.

En el Derecho romano la institución de la novación era el instrumento de tal Ordenamiento Jurídico para articular el cambio de un deudor por otro en una relación obligatoria.

En una etapa avanzada del Derecho romano, la obligación es un vínculo jurídico entre personas y por ende no material o físico, conforme al que una queda obligada frente a otra a realizar una determinada prestación o deber de conducta. Por tanto, la *sponsio* evoluciona a la *stipulatio* como genuina forma de contraer obligaciones verbales, mediante el sistema formal de pregunta-respuesta.

En opinión de ÁLVAREZ SUÁREZ<sup>72</sup> era frecuente recoger por escrito, a modo de prueba, la celebración de una estipulación en un documento (*cautio stipulationis*), pero en el desarrollo del Derecho clásico, debido a la influencia del *ius gentium*, empiezan a invertirse los términos con una práctica según la cual primero se redacta el documento estipulatorio y luego se celebra la estipulación oral, de forma que ambos, *stipulatio* y documento, forman una unidad.

Aunque D'ORS<sup>73</sup> entiende que no pertenece a la genuina mentalidad romana la consideración de la voluntad como elemento principal de los actos jurídicos, porque tal consideración es fruto de una posterior actitud moral, que solo con el Cristianismo llega a prevalecer.

Así las cosas, para ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET<sup>74</sup> la primitiva concepción del Derecho romano de la obligación como vínculo personal supuso un lastre para su evolución, que implica, a la postre, la extinción de la obligación por cambio en los sujetos de la misma.

Por consiguiente, la *stipulatio novatoria* provoca la extinción de una obligación y el nacimiento de otra nueva en su lugar; pero para conseguir el resultado práctico del cambio de deudor surgieron dos figuras: el contrato de *nomina transcriptia* y el *cognitor* o *procurator in rem suam*<sup>75</sup>.

Hay que distinguir la novación, que como se ha dicho es una forma de extinción de la obligación *ipso iure* y además conlleva el nacimiento de otra nueva, de otras figuras con las que se puede confundir. Por ejemplo, la *delegatio*, que permitía a un tercero hacerse cargo de la deuda ajena mediante novación. Distinguiéndose, a su

---

<sup>72</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, "Los orígenes de la contratación escrita", en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 4, Pp. 78 y siguientes.

<sup>73</sup> D'ORS, Álvaro, Las declaraciones jurídicas en el Derecho romano, en AHDE, 34 (1964), Pp. 565 a 566.

<sup>74</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, Derecho romano (Madrid, 1986), II, Pp. 703 a 706.

<sup>75</sup> Vid. VOLTERRA, Eduardo, Instituciones de Derecho Privado romano (Madrid, 1986), Pp. 583 a 586.

vez, entre *delegatio solvendi* y *promittendi*. La primera supone una delegación del pago, con efectos liberatorios para quien delega frente al acreedor; la segunda, simplemente, es un negocio promisorio, que recoge el compromiso de cumplir una obligación ajena<sup>76</sup>.

Entiende DIEZ-PICAZO<sup>77</sup> que en el Derecho romano la *expromissio* aludía a la promesa hecha por persona distinta, que podía aparejar tanto un cambio de deudor como de acreedor, aunque también se utilizaba para novaciones objetivas.

En la actualidad, la expromisión es la asunción de la deuda ajena por un tercero, en virtud de un acuerdo sinalagmático entre acreedor y tercero que asume dicha deuda y sin intervención del primitivo deudor, matiz éste último, que la diferencia de la delegación.

ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET<sup>78</sup> sitúan el origen, de otra figura distinta de la novación, cual es el contrato literal de *transcriptio*, en las anotaciones de los libros de caja de los *paterfamilias*, produciendo un cambio en el deudor o en la propia obligación, tornándose en abstracta. Mas este contrato literal nada tiene que ver con ninguno de los cuatro grupos (*verbis, litteris, re y consensu*) de la división justiniana de las obligaciones contractuales.

Finalmente, distinto también de la novación, es el nombramiento en la litis de *cognitor* o *procurator in rem suma*, que simple y llanamente son un remedio en juicio para conseguir el cambio del deudor o incluso del acreedor, pero no tenían efectos liberatorios de la obligación.

## 1. EVOLUCIÓN DURANTE LA ÉPOCA INTERMEDIA

Entiende GÁLVEZ CRIADO<sup>79</sup> que para los Glosadores, lo mismo que para los Comentaristas y la Escuela Culta, la *stipulatio* es la forma propia de la novación en esta época.

En efecto, para ACCURSIUS<sup>80</sup> en cuanto a la novación objetiva, existía una triple división: a) si el *animus novandi* se declara expresamente, la novación se produce

---

<sup>76</sup>Vid. IGLESIAS, Juan, Derecho romano (Barcelona, 1994), P. 448.

<sup>77</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Madrid, 1996, II, P. 850.

<sup>78</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, cit., Pp. 620 a 621.

<sup>79</sup> Vid. Op. Cit.

*ipso iure*; b) si no se manifiesta ni expresa ni tácitamente, no se da lugar a la novación y c) si se hace en forma tácita, la novación será *ope exceptionis*. En cuanto a la novación subjetiva, la admisión de la subrogación tácita no produce liberación del anterior deudor.

Los Glosadores confunden *delegatio* con novación por reunirse bajo un mismo título en el Digesto<sup>81</sup>, pero para el Derecho romano la novación se podía materializar en delegación y no al revés.

El concepto de expromisión ya en esta época se va perfilando para referirse a la novación subjetiva del deudor por iniciativa de un tercero, sin que delegue el anterior deudor.

En el Derecho germánico la asunción de la deuda ajena aceptada por el acreedor, podía suponer la liberación del primitivo deudor. Además, la *assignatio* o *anweisung* era una autorización escrita del deudor del pago por un tercero ero sin efecto liberatorio para él. También, sin dicho efecto, la figura italiana de la *accollatio*, en la que el comprador de un fundo con cargas, asumía la obligación de pagar la carga como parte del precio.

## 2. EL DERECHO CASTELLANO

En el Derecho castellano cabe citar dos precedentes de la novación, a saber: el Fuero de Soria, que en su fragmento 434, se refiere a la delegación de deuda liberatoria<sup>82</sup>.

Y las Partidas de Alfonso X el Sabio, Partida Quinta, que hace referencia a la delegación de deuda, bien liberatoria o cumulativa, con el consentimiento del acreedor.

Así llegamos al momento de la codificación en España, en el que existían dos corrientes doctrinales diferenciadas y contrapuestas:

La Escuela del Derecho Natural racionalista<sup>83</sup>, que defendía que las figuras romanas de la delegación y novación se sustentaban en la voluntad y en la razón.

---

<sup>80</sup> ACCURSIUS, Glossa Voluerit, D. 46,5, 10, citado por GIARDINA, Camillo, Studi sulla novazione nella dottrina del Diritto Intermedio, Milano, 1952, P. 163.

<sup>81</sup> *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. D'Ors y otros Aranzadi, Pamplona, 1968, D. 46, 2, 11, 1.

<sup>82</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel, La cesión de contratos en el Derecho español, Madrid, 1964, Pp. 218 a 219.

Aunque, en palabras de SOHM<sup>84</sup>, "La delegación, más que una específica modalidad de la novación, es un concepto de alcance general y consiste en encargar a otro que haga efectiva una prestación –sea un *dare*, un *promittere* o un *liberare*– a un tercero"; prueba de la noción de expromisión para el Derecho romano es que MIQUEL GONZÁLEZ<sup>85</sup>, distinga dos formas de producirse la novación subjetiva: cambiando al acreedor, a la que denomina *delegatio nominis*, o cambiando al deudor, a la que nombra como *expromissio* (en realidad, como sinónimo de *delegatio debiti*).

Y la doctrina germana<sup>86</sup> que propugnaba la intransmisibilidad pasiva de las obligaciones. Así surge en su acervo jurídico la figura conocida como *assignatio* o *Anweisung*, y que suele traducirse por indicación de pago por ser este su efecto característico: El "asignante" emite una declaración de voluntad por escrito por la que autoriza al asignado para realizar el pago al asignatario, y a éste para recibirlo en nombre propio, aunque no nace vinculación alguna entre asignatario y asignado ni queda liberado el "asignante". Tras la Recepción del Derecho romano, y en atención a los efectos que produce, quedará asimilada a la delegación de pago o delegación imperfecta y se hará célebre la máxima que resume sus efectos (*Anweisung ist keine Zahlung*: "la indicación no es pago"), frente a la que pretende significar los efectos de la delegación propia o novatoria (*delegatio est solutio*)<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> PUFENDORF, Samuel, *De Iure naturae et gentium* (Amstelodami, 1688), libro V, cap. 11<sup>o</sup>: *Quibus modis solvantur obligationes quae ex pactis oriuntur*, n. 13 y 15, Pp. 539 a 540.

<sup>84</sup> SHOM, R., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1928, P. 445.

<sup>85</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. *Curso de Derecho romano*, Barcelona, 1987, P. 427.

<sup>86</sup> WINDSCHEID, B. *Die Singularsuccession in Obligationen y Zur Erinnerung an Berthold Delbrück en Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1853), I, Pp. 27 a 46.

<sup>87</sup> GALVEZ CRIADO, A. *Líneas históricas de la Novación Subjetiva por cambio de deudor con especial referencia al Derecho Castellano*. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2006, n<sup>o</sup> 28, Pp. 159 a 185. También GARCÍA VALDECASAS, G. *La sucesión en las deudas a título singular*, en *Estudios de Derecho civil en Homenaje del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, P. 212

## II. DE LA NOVACIÓN EN GENERAL Y LA MODIFICACIÓN SUBJETIVA

Para MORETÓN SANZ<sup>88</sup>, en lo que a los cambios en la obligación se refiere, la tradición romanística justiniana quedó integrada en las Partidas, pero hay que destacar que no tuvo idéntica suerte el sistema de presunciones procedente del Derecho común, soslayado en su totalidad por los textos jurídicos posteriores.

Resulta, por tanto, especialmente conveniente incorporar a estos fundamentos dogmáticos del Derecho de las Partidas, el momento doctrinal y académico inmediatamente anterior a la época codificadora, ya que en él se discute entre la invariable apelación al Derecho romano y la omisión del Derecho propio, fuera castellano o real.

En este sentido, un elemento de primer orden para el entendimiento del debate sobre la independización del Derecho civil del romano se refleja en la introducción de las intituladas Instituciones del Derecho civil de Castilla de JORDÁN DE ASSO Y MANUEL y RODRÍGUEZ.

De modo que, la novación se asocia a la extinción, siempre y cuando la alteración realizada en la obligación tenga cierto alcance y entidad, afecte a las personas involucradas o a la naturaleza de la obligación y, además, conste la intención de novar de las partes.

En defecto de manifestación expresa del *animus novandi*, el cambio producido carecerá de efectos extintivos sobre la primera y subsistirá, alternativa o acumuladamente, con la segunda. Como apreciación sustancial frente a la ya destacada indefinición romana, la novación expresamente se declara que actuará sobre cualquier tipo de obligación, sin que se imponga un límite por razón de la fuente de la que provenga<sup>89</sup>.

ACEDO PENCO<sup>90</sup> precisa, respecto al concepto de la alteración de las obligaciones, que se ha definido la modificación de la obligación, en sentido estricto, como cualquier alteración de sus elementos estructurales sin que aquélla se extinga, ni sea sustituida por otra nueva. Modificar la obligación, en definitiva, es crear una nueva situación jurídica diferente a la anterior pero basándose en ella.

En el Derecho romano solo se permitía la denominada novación extintiva, figura mediante la cual todo cambio en la obligación debía hacerse mediante la extinción de la obligación primitiva que era sustituida por otra nueva. No se admitía la modificación de las obligaciones por alteración de alguno de sus elementos

---

<sup>88</sup> MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda, La asunción espontánea de deuda, Valladolid, 2008, P. 88.

<sup>89</sup> Ibid. P. 93.

<sup>90</sup> ACEDO PENCO, A. Teoría General de las Obligaciones, 2010. Pp. 87 a 94 y 156 a 157.

esenciales sin extinguirla previamente, extremo que luego se consolidó en el Derecho moderno y se denominó novación modificativa o modificación de las obligaciones, cobrando gran éxito, quizá por carecer de tales efectos extintivos<sup>91</sup>.

Indica el Tribunal Supremo que ahora *“el deslinde entre la novación propia y la meramente modificativa ha de realizarse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la alteración que se produzca”*<sup>92</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, utiliza en una de sus resoluciones<sup>93</sup> la terminología, advirtiendo la existencia de una novación modificativa y no extintiva, en la subrogación de un arrendamiento de vivienda.

Ha de advertirse, no obstante, que la terminología usada por la doctrina jurisprudencial es muy variada, lo que puede dar lugar, en ocasiones, a equívocos indeseables, salvo que los conceptos sean comprendidos con nitidez. Generalmente se utilizará el término modificación (también, novación modificativa<sup>94</sup>) en contraposición a la clásica figura de la novación (propia o novación extintiva). La doctrina más solvente añade que la modificación cobra en sí misma una evidente autonomía.<sup>95</sup>

Por tanto, existen alteraciones o modificaciones fundamentales que pueden introducirse en las relaciones jurídicas obligatorias sin que ello implique la

---

<sup>91</sup> STS de 24 de octubre de 2000.

<sup>92</sup> SSTs de 26 de junio de 2002, de 26 de julio de 1997 y de 1 de diciembre de 1989.

<sup>93</sup> St. 13 de febrero de 2007, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, Secc. Segunda, rec. 673/2006, que recoge en el Fundamento de Derecho Quinto: *Respecto del cumplimiento del plazo de 15 años y la subrogación de María Rosa, en el contrato suscrito por Mariana, la Sentencia de esta Sala de 30 de Enero de 2007 dictada en el rollo de Apelación nº 809 de 2006 dimanante del Procedimiento Ordinario número 15 de 2005, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 18 de los de Madrid, ha señalado que no puede estimarse que haya existido una **novación extintiva sino meramente modificativa** como demuestra el hecho de que se hable de **subrogación** lo que significa colocarse en la antigua posición del subrogado con todos sus derechos y obligaciones, y entre los derechos ha de ser unir el tiempo del arrendamiento de su causante al suyo propio, por lo que la fecha a tener en cuenta ha de ser la del contrato de arrendamiento y no la de la subrogación. También en el caso presente el Decreto de 28 de Septiembre de 2001 del Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Madrid Alcobendas aceptaba y acordaba la subrogación de María Rosa, en los plenos derechos y obligaciones diamantes del contrato de arrendamiento suscrito por el Ayuntamiento de Alcobendas el 2 de Junio de 1987. No existe ni siquiera un nuevo contrato firmado por el Ayuntamiento de Alcobendas y María Rosa por lo que no puede estimarse que haya existido una novación extintiva sino meramente modificativa. Por tanto el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Alcobendas ha de ser desestimado.*

<sup>94</sup> SSTs de 26 de julio de 1987, de 16 de febrero de 1983 y de 22 de diciembre de 1982.

<sup>95</sup> DIEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I. 6ª edición, 2008, cit. Pp. 955 a 957, propone distinguir entre modificación simple, con pervivencia de efectos y modificación extintiva, con total sustitución de la reglamentación de intereses realizada por las partes.



extinción de la obligación y el consiguiente nacimiento de otra nueva que la sustituya. La obligación no se extingue a causa de esos cambios.

Las alteraciones o modificaciones en las relaciones jurídicas obligatorias pueden tener carácter subjetivo y objetivo, según los elementos estructurales que se vean afectados por la transformación no extintiva, dando lugar a las diferentes clases o tipos de modificación de las obligaciones.

En cuanto a las clases de las alteraciones de las obligaciones, según dispone el artículo 1.203 CC: “Las obligaciones pueden modificarse: 1. Variando su objeto sus condiciones principales 2. Sustituyendo la persona del deudor 3. Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor” La doctrina ha extraído de dicho precepto, diferentes clases de modificaciones según afecten a unos u otros elementos estructurales de la obligación, identificando los siguientes tipos de alteración:

1ª Modificación subjetiva, supone la alteración de las posiciones de acreedor o deudor, como se contiene en los apartados 1º y 2º del artículo 1.203 CC. Según afecte a la parte activa o pasiva de la obligación, puede suponer un: a) cambio del acreedor –transmisión del crédito-, a través de las figuras de la cesión del crédito, la subrogación del crédito y del pago con subrogación. b) cambio del deudor-transmisión de la deuda-, mediante la expromisión y la delegación y c) cambio en la doble posición contractual, activa y pasiva, que ocupe un sujeto en una relación jurídica obligatoria compleja: la cesión del contrato.

2ª Modificación objetiva, afecta a la prestación que altera, aumenta o reduce, según el artículo 1.203.1º CC, el TS la llama “novación modificativa objetiva”<sup>96</sup>

3ª Modificación circunstancial, que cambia las circunstancias principales de tiempo, lugar, condiciones, etc., también se deduce del artículo 1.203.1º CC.<sup>97</sup>

4ª Modificación funcional, es la alteración de la causa, no citada de manera expresa en la dicción del precepto, pero incluida en el mismo y

5ª Modificación del contenido, que afecta al régimen jurídico de la obligación y se desprende, también, del prolífico artículo 1.203.1º CC.

Entiende LACRUZ BERDEJO<sup>98</sup> que la “cesión del contrato” alude al traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la íntegra posición que ocupa en el contrato.

---

<sup>96</sup> SSTs de 26 de mayo de 2008, y de 19 de julio de 2002

<sup>97</sup> STS de 5 de diciembre de 2007: novación modificativa del plazo de entrega.

<sup>98</sup> LACRUZ BERDEJO, J. Luis: Elementos de derecho civil, II, Vol. 1, Madrid, 2000, P. 531.

En el mismo sentido y estela que además sigue la jurisprudencia, el maestro, profesor LASARTE ÁLVAREZ<sup>99</sup> matiza que existirá la cesión de contrato si se dan los siguientes presupuestos:

a) Debe darse el acuerdo unánime del cedente, cesionario y parte cedida, entendiéndose este acuerdo como un consentimiento de las partes que intervienen en dicha cesión.

b) Que se trate de un contrato bilateral<sup>100</sup>.

c) Que las prestaciones y obligaciones contenidas en ese contrato sinalagmático no hayan sido totalmente ejecutadas. Este presupuesto tiene su fundamento en que si el contrato se ha cumplido no tendrá sentido cederlo, puesto que no quedarían prestaciones pendientes de cumplir.

La cesión de contrato tiene especialidades a la vista de la doctrina jurisprudencial que, si en sus inicios abordó la cesión como negocio atomizado entre la transmisión del activo y la sucesión pasiva, ha evolucionado hasta su actual tratamiento como acuerdo sustitutivo *uno actu* del contratante cedente por el cesionario con autorización, siempre, del cedido<sup>101</sup>.

Dada la riqueza de matices que ha aportado la evolución práctica y la respuesta judicial sobre la cesión de la íntegra posición contractual en la que, en resumidas cuentas, se ceden tanto derechos como obligaciones, conviene examinar de forma comparada esta institución, tanto por su valor propio como por la clarificadora tarea hecha en favor del mecanismo expromisorio<sup>102</sup>.

Para mis maestros, el profesor LASARTE ÁLVAREZ y la profesora MORETÓN SANZ, la cesión del contrato es un acuerdo de naturaleza atípica que, basado en la autonomía de la voluntad privada<sup>103</sup>, presenta un ineludible carácter trilateral para que se desplieguen rectamente todos los efectos a que está dirigido.

Por tanto, mediante la cesión del contrato se cede íntegra la posición contractual en el negocio que pervive idéntico, sin otra modificación que la que se refiere a la

---

<sup>99</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: Principios de Derecho civil, III- Contratos, Madrid, 2011, P. 133.

<sup>100</sup> Por su parte, CASTAN TOBEÑAS define al contrato bilateral o sinalagmático como aquel que crea obligaciones recíprocas para ambas partes (vid. CASTAN TOBEÑAS, J. (1925). Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo II – Obligaciones y Contratos, Madrid: Reus, P. 96).

<sup>101</sup> MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda: “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 713, P. 1.184.

<sup>102</sup> Ibid. P. 1.198.

<sup>103</sup> Vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: Principios de Derecho Civil, 2, pág. 196, y Principios de Derecho Civil, 3, y Contratos, Madrid, 2008, 11.ª ed., Pp. 121 y siguientes.

sustitución de una de las partes en el conjunto de derechos y obligaciones que ostentaba el contratante cedente.

En cuanto a la modificación subjetiva y la transmisión de las obligaciones, en general, OSSORIO MORALES<sup>104</sup> nos señala que estas modificaciones, consistentes en el cambio de acreedor o en el cambio de deudor, supusieron en su momento un gran avance en la técnica jurídica, y se resuelven en la posibilidad de admitir la transmisibilidad activa y pasiva de la obligación. En esencia se trata de saber si puede y en qué condiciones, ceder el acreedor su crédito, su derecho, a un tercero, subsistiendo la misma obligación entre el nuevo acreedor y el primitivo deudor; y si puede el deudor ceder su deuda a un tercero que quede obligado respecto al acreedor en virtud de la misma obligación. En la actualidad, por lo que respecta a la transmisión de las obligaciones en su aspecto activo, de un acreedor a otro acreedor nuevo, se admite en términos de gran generalidad y amplitud. Y aunque con más restricciones, también en cierto modo el cambio de un deudor por otro. Con ello se da lugar a las dos figuras de la cesión de créditos y la asunción de deudas.

Nos concreta MORENO-TORRES<sup>105</sup> los conceptos referidos al contrato de arrendamiento expresando que, por la cesión del arrendamiento, el arrendatario transmite a un tercero su posición jurídica, pero si es la ley la que ordena y permite la sustitución, se habla de subrogación.

Adicionalmente, el debate entre subrogación y cesión pretende aclarar las similitudes y diferencias de estas dos figuras<sup>106</sup>. Comparto la opinión de mis maestros citados, de preferir el entendimiento de la subrogación como acto y la cesión como contrato<sup>107</sup>.

Por eso, ya en el año 1928 FONCILLAS<sup>108</sup>, nos advertía que se habla de subarriendo y de cesión del arrendamiento, y esos dos vocablos, confundidos corrientemente en el lenguaje vulgar y hasta en el jurídico, han hecho que al tomarlos extensivamente por aquello de que la palabra hace a la cosa, nos han dado dos categorías de conceptos aceptados como axiomáticos por la mayoría de los juristas, y ante los que se impone una revisión histórica y técnica de los mismos.

---

<sup>104</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); OSSORIO MORALES, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 120 a 121.

<sup>105</sup> Op. Cit. P. 22. Por ejemplo, en el caso de sustitución subjetiva del arrendatario en la relación locativa mortis causa.

<sup>106</sup> Vid. NAVARRO PÉREZ, La cesión de créditos en el Derecho Civil español, Granada, 1988 (2.ª ed., Córdoba, 1998), P. 50

<sup>107</sup> Vid. MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda: "La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 713, P. 1.202.

<sup>108</sup> FONCILLAS, José María: "La Cesión del arrendamiento y el problema de su realidad" RCDI, 45, 1928, P. 671.

En efecto, en siguiendo a RUIZ-RICO<sup>109</sup>, para subarrendar el art. 8.2 LAU exige el consentimiento escrito del arrendador que ha de ser previo al acto de subarriendo. Pese a la categórica formulación del precepto, el hecho de que el art. 27. 2. c. sancione el subarriendo “inconsentido” con la resolución del contrato, proporciona base suficiente para estimar que lo decisivo es que exista la conformidad del arrendador cualquiera que sea la forma y el momento en que se manifieste. De las dos clases de subarriendo que contempla el art. 1.550 CC, la LAU sólo permite aquél por virtud del cual se cede el uso de una parte de la finca, conservando el arrendatario el resto para sus necesidades: “La vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial”<sup>110</sup>. La limitación es una consecuencia natural de la razón que justifica la protección que dispensa la Ley al arrendatario cuando lo es de vivienda; un subarriendo total pone de manifiesto que la finca no se destina a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario<sup>111</sup>. El régimen normativo aplicable al subarriendo depende del fin al que se destine la parte de finca subarrendada. Cuando la finalidad sea la de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del subarrendatario, el contrato quedará sometido a las normas del Título II de la Ley; es decir, las dispuestas para el arrendamiento de vivienda. No obstante, la aplicación al subarriendo de las normas y garantías que el Título II ofrece al arrendamiento de vivienda, no es absoluta. Por una parte, el carácter derivado del subarriendo respecto al arrendamiento, trae consigo —como establece el art. 8— que aquél se extinga cuando lo haga éste, cualquiera que sea la causa de extinción, sin perjuicio de la indemnización que, en su caso, tenga que pagar el subarrendador frente al subarrendatario. Por otra parte, está la limitación en cuanto al precio del subarriendo que no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento. Cuando la finalidad del subarriendo no sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del subarrendatario, sino cualquier otra el subarriendo se regirá por lo pactado entre las partes (art. 8.2 LAU). Supletoriamente, en cualquier caso, rigen los arts. 1.551 y 1.552 CC.

Sin embargo, la cesión del arrendamiento es aquel contrato mediante el cual el inquilino de una vivienda (cedente) transmite a un tercero (cesionario) los derechos y obligaciones que le corresponden como inquilino en virtud del contrato de arrendamiento pactado con el propietario.

Como consecuencia de la cesión, el inquilino o cedente queda desligado del contrato de arrendamiento, pasando el cesionario a ocupar su misma posición en el contrato frente al propietario.

---

<sup>109</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 310 a 311.

<sup>110</sup> Vid. art. 8.2 LAU.

<sup>111</sup> Vid. art. 1 LAU.

Según el artículo 8 de la LAU, el inquilino no puede ceder el contrato de arrendamiento a un tercero a menos que medie el consentimiento expreso y por escrito del propietario.

Si se produce la cesión del arrendamiento con el consentimiento del propietario, el cesionario queda subrogado en la posición contractual del inquilino (cedente) frente al propietario. Ello significa que el contrato de arrendamiento no se modifica, salvo en el hecho de que el inquilino queda sustituido por otra persona, que tendrá en todo caso los mismos derechos y obligaciones que tenía en inquilino.

Como expresa DE CASTRO<sup>112</sup>, el cesionario no podrá alterar el uso o goce de la cosa, sino que tendrá que usarla solo en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario.

Sin embargo, el subarriendo de una vivienda es un contrato en cuya virtud el inquilino o cedente de una vivienda cede a un tercero (subarrendatario) el uso como inquilino de toda o parte de la vivienda que tiene arrendada.

A diferencia de la cesión, el subarriendo no extingue la relación contractual entre el propietario y el inquilino, que sigue subsistente en los mismos términos pactados entre ambos. El subarriendo implica el nacimiento de una nueva relación contractual entre el inquilino y el subarrendatario.

Además, la vivienda arrendada solo se puede subarrendar en parte, no en su totalidad, a tenor del artículo 8 LAU antes citado.

Por otra parte, para que sea válido el subarriendo requiere el consentimiento expreso y por escrito del propietario.

El contrato de subarriendo de vivienda se registrará por las mismas normas que el arrendamiento de vivienda. Quedará extinguido cuando se extinga el propio contrato de arrendamiento y la renta que pague el subarrendatario no podrá ser superior a la renta que pague el inquilino al propietario<sup>113</sup>.

No en vano para DE CASTRO<sup>114</sup>, la relación jurídica de subarriendo supone, un arrendamiento hecho en base de un arrendamiento, no un simple arrendamiento hecho por un arrendatario, pues nace de un contrato de arrendamiento, idéntico a todo otro contrato de arrendamiento, produce todos sus naturales efectos, y solo

---

<sup>112</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Cesión de arrendamiento y subarriendo", RGLJ, LXXIX, 156-II, 1930, P. 153.

<sup>113</sup> Fuente: [http://www.spaviv.es/portal/informacion/faq\\_lau\\_propietario.php](http://www.spaviv.es/portal/informacion/faq_lau_propietario.php). Fecha consulta: 4/02/2014

<sup>114</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Cesión de arrendamiento y subarriendo", RGLJ, LXXIX, 156-II, 1930, Pp. 133 a 135.

estos, en la relación de arrendador y arrendatario y en la de arrendatario (subarrendatario) y tercero.

O como lo define MORENO-TORRES<sup>115</sup>, el subarriendo es un nuevo contrato de arrendamiento celebrado por el arrendatario (subarrendador) con un tercero (subarrendatario), pero sin que aquél abandone la relación contractual.

En este sentido, siguiendo al profesor LASARTE ÁLVAREZ<sup>116</sup> la cesión de contrato consiste en la transmisión de la íntegra posición contractual que una persona ocupa en un determinado contrato. Por su parte, para O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>117</sup>, tras admitirse la transmisión del lado pasivo de la obligación, que es la asunción de deudas, y la del lado activo, que es la cesión de créditos, un paso más lo constituye la cesión del contrato, que es figura moderna, aceptada por la práctica negocial, reconocida por la jurisprudencia y admitida por la doctrina. De modo que se transmite una relación contractual en su totalidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de transmisiones separadas del lado pasivo (asunciones de deuda) y del lado activo (cesiones de crédito). Más que un contrato cedido, se trata de una cesión de los efectos contractuales de una de las partes.

En suma, la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de los sujetos obligados y la permanencia objetiva de la relación contractual. Es hacer entrar a un extraño en el rango de parte contratante, en lugar de uno de los contratantes originarios.

Sabido es que la Jurisprudencia ha admitido esta figura y, para ello, baste citar la STS de 6 de noviembre de 2006<sup>118</sup>, que recoge la doctrina de la Sala de lo Civil del TS

---

<sup>115</sup> Op. Cit. P. 22.

<sup>116</sup> LASARTE ALVÁREZ, C. (2013), Manual sobre protección de consumidores y usuarios, Madrid: Dykinson. 5ª ed., pág. 133.

<sup>117</sup> O' CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012), Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Madrid: E. Universitaria Ramón Areces, 1ª ed., pássim.

<sup>118</sup> STS, Sala Primera, de 6 de noviembre de 2006 (Roj: STS 6776/2006), Fundamento de Derecho Quinto: "La cesión de contrato consiste "en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido", de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del Código Civil, aunque sí lo está en el Código italiano (artículo 1406) y en el Fuero Nuevo de Navarra (ley 513.2). La Sentencia de 26 noviembre 1982 declara que "puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión". Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el co-contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor, (Sentencias de 9 diciembre 1997, 9 diciembre 1999, 21 diciembre 2000 y 19 septiembre 2002). Sin el consentimiento de éste, no existe cesión, o como

sobre la cesión de contrato. También ha establecido los requisitos o presupuestos necesarios para que la cesión de contrato sea válida y, por tanto, tenga eficacia jurídica<sup>119</sup>.

Desde el lado pasivo o del arrendatario y, en abstracto, el Código civil regula la figura del cambio del deudor como una de las facetas de la novación. Figura de origen romano que suponía la extinción de la obligación, pero que en el art. 1.203 del mismo aparece como un supuesto de modificación, más que de extinción de obligaciones. Pero también, *mutatis mutandis*, para el arrendador “subrogando a un tercero en los derechos del acreedor” como, por ejemplo, en la meritada venta de promociones de vivienda social.

Estas modificaciones subjetivas de los contratos de arrendamientos, se materializan por vía de hecho, por disposición legal y/o resolución judicial en forma de novaciones subjetivas, en cuanto al arrendador, en la venta de promociones de vivienda social, que hace la sociedad municipal correspondiente para coadyuvar a sanear sus cuentas. Respecto al arrendatario, en el incremento de litigios generado por procesos de desahucios arrendaticios.

En una sentencia reciente<sup>120</sup>, aunque referida a un arrendamiento de local de negocio, el Tribunal Supremo, que en su fallo circunscribe la confrontación jurídica a la valoración de la prueba y respeta la efectuada *a quo* por entender que la casación no es una tercera instancia, concluye que las sucesivas modificaciones subjetivas en los contratos sobre el mismo local son calificadas de novaciones extintivas y no modificativas, por lo que no se encuentra bajo prórroga forzosa.

La sentencia recurrida, en cuanto a novación subjetiva por cambio de deudor, cita la STS de 20 de junio de 2003 en relación a la exigencia del consentimiento del acreedor para la novación modificativa, y la sentencia citada por la recurrente de 4 de marzo de 1994 en realidad contempla un supuesto de fraude de Ley, al que se refiere la

---

afirma la Sentencia de 9 diciembre 1997, “la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual”.

<sup>119</sup> Podemos citar la STS de 19 de septiembre de 2002 que reúne la descripción de los requisitos (Roj: STS 5966/2002), Ponente: D. Clemente Auger Liñán, Nº de Recurso: 1046/1997, Fundamento de Derecho Segundo: “En efecto, la cesión de contrato que conocida y consolidada jurisprudencia construye implica la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presumiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes. La figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de créditos o asunción de deudas. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 12 de julio de 1996, 1 de julio de 1949, 26 de febrero y 26 de noviembre de 1982, 23 de octubre de 1984 y 5 de marzo de 1995...”.

<sup>120</sup> STS 4 de noviembre de 2014, Sala Primera de lo Civil, rec. 2.841/2012.

recurrida como posible en situaciones de sucesivos contratos con confusión de personalidades, si bien lo desecha en este caso.

Se colige de lo expuesto que la jurisprudencia citada de esta Sala -dice el Tribunal-, no contradicha por las citas de la recurrida sólo puede modificar el fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia declara probados desde su particular interpretación de los contratos. Por tanto, aunque la parte recurrente plantea formalmente la existencia de infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la novación de los contratos y a la prórroga forzosa de los celebrados bajo la vigencia del Real Decreto Ley 2/1985, lo que, en esencia expone es una discrepancia frontal con la valoración que de la prueba documental ha efectuado la Audiencia, pretendiendo que impere la subjetiva sobre novación y prórroga.

Más específicamente, la Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, remite a las normas particulares de viviendas de protección oficial, entre otros aspectos, respecto del derecho de cesión y subrogación.

En dicho ámbito, la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, califica en su art. octavo, de infracción muy grave la cesión del uso de viviendas protegidas. Con todo, determinadas circunstancias desplazan esta apriorística prohibición. A saber: los casos de subrogación legal (si el aspirante forma parte de la unidad familiar), los de pago de renta por tercero (que le pueden convertir en precario), los supuestos de resolución judicial del arrendamiento y no ejecución del lanzamiento, etc.

Por otro lado, el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, posibilitó legalmente (art. 20) la transmisión de las promociones de viviendas con protección pública para arrendamiento a terceros, así como el vigente art. 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

### **III. LA EXCEPCIÓN DEL ARRENDADOR A LA "RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS" DEL ART. 1.257 CC**

El principio general de la relatividad de los contratos del art. 1.257 del CC, con arreglo al cual "los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos", tiene una de sus excepciones en la acción directa del arrendador contra el subarrendatario recogida en los arts. 1.551 y 1.552 del mismo cuerpo legal, por lo que se refiere al uso y conservación de la cosa arrendada, y por lo que se refiere a la reclamación de la renta del subarrendamiento.



El fundamento de esta excepción que la acción directa representa frente a la regla general de la eficacia inter partes de los contratos (art. 1.257 CC) se ha vinculado por la doctrina a múltiples justificaciones, como el principio de equidad, la prohibición del enriquecimiento injusto, la protección del crédito refaccionario, o el principio del Derecho romano con arreglo al cual "el deudor de mi deudor es también deudor mío" (*debitor debitoris meus*)<sup>121</sup>.

MORETÓN SANZ<sup>122</sup> recoge la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1991, por cuanto afirma que "la sustitución de la persona del deudor, en las relaciones contractuales, puede revestir varias modalidades:

a) La conocida como *expromisión*, con base al artículo 1.205 del Código Civil, y que consiste en que la novación subjetiva en la persona del deudor, se produce mediante acuerdo directo entre el acreedor y un nuevo deudor —tercero ajeno a la obligación primitiva—, el que libera al deudor originario de sus cargas.

No requiere consentimiento ni siquiera su conocimiento, ya que el nuevo actúa espontáneamente y no por delegación o con intervención del antiguo, de tal manera que se produce un efecto pleno liberatorio, pues la obligación que asume el expromitente extingue la anterior (...).

b) La *delegación* de pagos, que el artículo 1.206 del Código Civil, si bien no la regula, la admite, dándola por supuesta, (...) la misma viene representada por un convenio entre deudores, mediante el cual el deudor primitivo (delegante), ordena a otra persona extraña al contrato (delegado), que recibe la orden y la acepta y la ejecuta a favor del acreedor-delegatario, el que asiente y admite este cambio en el sujeto obligado, por tanto la obligación primitiva subsiste, ya que no se ha producido su extinción sino solo su modificación.

c) Asimismo cabe que tenga lugar la llamada *asunción acumulativa de la deuda o refuerzo*, mediante la cual, el deudor nuevo se introduce en la obligación, para colocarse junto al deudor primitivo, en concepto de deudor solidario, sin producir efectos liberatorios para aquél, por lo tanto la aceptación del acreedor, del nuevo obligado, no libera al originario, y con ello no se da lugar a la novación, sino a la subsistencia, de dos obligaciones idénticas en régimen de solidaridad, pero con una única y similar causa —sentencias de 9 de junio de 1981 y 9 de octubre de 1987, entre otras—, distinguiéndose de la *fianza*, en la que el fiador acepta la responsabilidad por la deuda ajena, que garantiza, asumiendo, en consecuencia, la responsabilidad de su cumplimiento por el deudor principal".

El Tribunal Supremo ha afirmado que "la cesión del contrato es una figura jurídica, admitida plenamente en el derecho comparado de los países de nuestro entorno

---

<sup>121</sup> Vid. Dictamen de la Abogacía del Estado de 28 diciembre 2007. Aranzadi: JUR 2009\287079.

<sup>122</sup> Op. cit. nota 4, p. 1763.

cultural, y que no aparece regulada en nuestro derecho normativo (...). Esta cesión del contrato, creación jurisprudencial y doctrinal, ante la ausencia se vuelve a repetir de normas concretas y directas que la regulen, tiene su base en el artículo 1.255 CC que proclama el principio de la libertad contractual que, al mismo tiempo, permite la modificación por la sola voluntad de las partes de la regulación normativa de todo tipo de contrato". Asimismo, ha definido la cesión de contrato como el "acuerdo de todas las voluntades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un contrato determinado a un tercero, pero siempre entendiendo esta cesión con carácter unitario, es decir, con todo lo que se ha explicitado en el contrato primitivo, es decir, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, ya que en este caso surge la figura de la novación"<sup>123</sup>.

Posteriormente, el mismo Tribunal la ha definido como "el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido, de manera que el cesionario adquiere los derechos que poseía el cedente en la relación contractual como si hubiera sido el contratante inicial"<sup>124</sup>.

El Tribunal Supremo insiste en el carácter unitario de la cesión de los contratos al indicar que "supone la transferencia de un sujeto a otro de los elementos activos y pasivos derivados del contrato; objeto, por lo tanto, del negocio de cesión es el conjunto de efectos contractuales considerados como un *totum*"<sup>125</sup> y, en otros términos, que "implica la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presumiendo la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes"<sup>126</sup>.

Este carácter unitario de la cesión de los contratos hace referencia a la transmisión globalizada de una determinada posición jurídica -es decir, del conjunto de efectos contractuales que de la misma derivan-, sin necesidad de descomponerla en tantos negocios de transmisión como créditos y obligaciones origine, y superando, por lo tanto, la escisión que necesariamente tiene lugar si se debe proceder a la cesión del crédito, por un lado, y a la asunción de la deuda, por el otro. Por lo tanto, de acuerdo con la doctrina civilista, no se trata de la transmisión de derechos y obligaciones dispersas, sino que están íntimamente ligadas en una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellas. Asimismo, la cesión comprende, además de los derechos y las obligaciones, todos los otros efectos

---

<sup>123</sup> SSTs 18 de septiembre de 1998 y 7 de octubre de 2002.

<sup>124</sup> STS 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9.425).

<sup>125</sup> STS 8 de febrero de 2005 (RJ 2005, 916).

<sup>126</sup> STS 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8.561)

jurídicos del contrato -tales como las facultades de modificación o de resolución del contrato, por ejemplo<sup>127</sup>.

#### IV. CLASES, REGULACIÓN Y LA NOVACIÓN EN EL CC: ARTS. 1.203, 1.158, 1.159 Y CONCORDANTES

Como se puede fácilmente colegir de lo ya expuesto existiría una primaria clasificación, que distingue la novación propiamente dicha y entendida según la concepción romana, con efectos extintivos de la relación jurídica novada y frente a ella, un concepto evolucionado de la misma, con efectos meramente modificativos de la primigenia relación contractual sobre la que opera la novación.

En opinión de TASENDE CALVO<sup>128</sup> dentro de ese concepto amplio de novación, en el que se incluye la simplemente modificativa, fundamentan la existencia de ésta, no ya en los citados preceptos reguladores de la novación, sino en el art. 1.255 del CC, del cual se infiere la posibilidad de construir la modificación de la relación obligatoria sin que ello implique novación extintiva, vinculando el cumplimiento de la obligación a la forma en que por consentimiento de las partes ha sido modificada<sup>129</sup>. Existe una reiteradísima jurisprudencia, con apoyo legal en los arts. 1.204 y 1.214 CC, según la cual la novación en sentido propio o extintiva no se presume nunca, ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, y ha de resultar acreditada sin género alguno de duda por quien alega su existencia, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar<sup>130</sup>, de manera que en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea la modificación no extintiva de la obligación o novación modificativa, cuya existencia sí es, por lo tanto, presumida<sup>131</sup>.

Para TASENDE CALVO muchas sentencias mencionan los caracteres o elementos de la novación, considerando como tales: una obligación preexistente, la creación de otra nueva, la disparidad entre ambas o *aliquid novi*, y la voluntad de llevar a cabo la sustitución o *animus novandi*. Así, el art. 1.203 del CC hace referencia a dicha disparidad entre las obligaciones, mientras que el art. 1.204 del mismo

---

<sup>127</sup> Cfr. Informe 3/2014, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente).

<sup>128</sup> Op. cit. Pp. 45 a 74

<sup>129</sup> Vid. SSTS 5 diciembre 1947, 31 enero 1963, 6 noviembre 1971 y 7 marzo 1986.

<sup>130</sup> Vid. SSTS 15 octubre 1907, 10 julio 1917, 28 enero 1930, 3 octubre 1959, 24 noviembre 1964, 9 abril 1970, 1 diciembre 1989, 21 noviembre 1991, 12 mayo 1993 y 3 febrero 1994.

<sup>131</sup> Vid. SSTS 30 diciembre 1935, 29 abril 1947, 24 septiembre 1979, 15 abril 1982 y 9 enero 1992.

cuerpo legal contempla la voluntad de realizar la sustitución. Por ello, la jurisprudencia ha establecido que no puede operar la novación modificativa ante dos realidades contractuales distintas<sup>132</sup>.

El mismo autor opina que se echa de menos una doctrina legal más esclarecedora, en el sentido de condicionar siempre la novación objetiva a la presencia real de un *animus novandi*, expreso o tácito, definiendo, en este último caso con mayor precisión el alcance y presupuestos de la incompatibilidad, ya que, en la práctica y por la vía de considerar esta cuestión como de mero hecho, se puede estar reconociendo eficacia modificativa y no extintiva de la obligación a supuestos de verdadera incompatibilidad, en contra de lo dispuesto en el art. 1.204 CC, sin exigir siquiera una declaración terminante o expresa de que la relación obligatoria queda subsistente, capaz de destruir la presunción de *animus novandi* que se desprende de tal incompatibilidad.

Por el contrario, no hay una postura jurisprudencial tan clara en favor del reconocimiento de eficacia novatoria a las simples alteraciones de elementos accidentales de la obligación, en virtud del expresado *animus novandi*, por entender quizá que esta solución sería contraria al art. 1.203,1º CC.

En relación a los efectos del pago de tercero en el CC existen dos interpretaciones bastante dispares e, incluso, contrapuestas. De acuerdo con la primera el efecto normal del pago de un tercero es el reembolso del mismo en mayor o menor medida (art. 1.158). La subrogación es un supuesto excepcional que no se produce, salvo cuando lo diga la ley o lo acuerden expresamente el tercero y el acreedor (art. 1.209). Ese no es el caso del art. 1.210 que se limita a establecer presunciones “*iuris tantum*”, partiendo de la base de que en esos supuestos es normal que el acreedor acceda a la subrogación del tercero; pero esas presunciones, como tales, pueden ser puestas en cuestión con las pruebas pertinentes (para HERNÁNDEZ MORENO, el art. 1.210 establece una presunción «*iuris tantum*» de que el tercero paga por interés propio en la subrogación, que no se produce cuando paga en interés del deudor, ya que entonces se extingue la obligación pagada). Cuando la ley quiere establecer directamente una subrogación no la presume, sino que así lo dispone directamente, como ocurren en el art. 1.839 CC. Fuera de supuestos como este, el tercero no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos (art. 1.159).

La segunda interpretación es que cuando el tercero, que no tenga interés en la obligación, paga con el conocimiento del deudor se produce *ex lege* una subrogación a favor de ese tercero.

Las dos interpretaciones expuestas pueden defenderse en el terreno lógico-formal, pero ambas encajan mal con la redacción del art. 1.159. Nuestra doctrina ha mantenido normalmente la segunda construcción expuesta.

---

<sup>132</sup> SSTs 11 abril 1988 (RJ 1988, 3118) y 10 enero 1992 (RJ 1992, 184).

Concluyendo sobre las consecuencias a que puede dar lugar el pago de un tercero, el sistema que establece nuestro CC es el siguiente:

- 1.º Subrogación (convencional) cuando existe acuerdo para ella entre el tercero y el acreedor en cualquier caso.
- 2.º Subrogación (legal) cuando paga un tercero y así lo dispone alguna norma concreta (art. 1209)
- 3.º Subrogación (legal) cuando paga un tercero interesado en la obligación, tanto si el deudor aprueba el pago, como si lo ignora o se manifiesta contrario a él (art. 1.210.1 y 3)
- 4.º Subrogación (legal) cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1.210.2 y 1159)
- 5.º Acción de reembolso por lo pagado cuando paga un tercero no interesado, ignorándolo el deudor (art. 1.158)
- 6.º Acción de repetición por la utilidad producida cuando paga un tercero no interesado, contra la expresa voluntad del deudor (art. 1.158)<sup>133</sup>.

Siguiendo a GÁLVEZ CRIADO, a la novación subjetiva por cambio del deudor se refieren, según señala la doctrina<sup>134</sup>, los artículos 1.203.2.º y del 1.205 al 1.208, siendo más dudosa la aplicabilidad del artículo 1.204 que, en su opinión, debe quedar para la novación objetiva (relativa al objeto o a las condiciones principales de la obligación, a tenor del artículo 1.203.1.º). En concreto, el artículo 1.203.2.º recoge el cambio de deudor como una de las posibles formas mediante las cuales *“las obligaciones pueden modificarse”*, el artículo 1.205 se refiere a la necesidad de concurrencia del consentimiento del acreedor para que se produzca el cambio de deudor, el artículo 1.206 recoge los posibles casos en que, si resultara insolvente el nuevo deudor, el acreedor podría dirigirse contra el que hasta entonces parecía liberado, el artículo 1.207 establece el régimen jurídico de las obligaciones accesorias ante la novación y el artículo 1.208, en fin, queda dedicado a los efectos que, sobre la nueva obligación, puede tener la nulidad de la antigua. Por su parte, la autonomía privada constituye el fundamento de una novación sin efectos liberatorios (novación cumulativa)<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª ed., Pp. 167 a 170.

<sup>134</sup> Detalladamente, ADAME MARTÍNEZ, Miguel Ángel, Asunción de deuda en Derecho civil, Granada, 1996, P. 16.

<sup>135</sup> El término "asunción cumulativa" quizás no sea el más apropiado para acoger aquella asunción en la que el primer deudor y el tercero quedan obligados conjuntamente y el cumplimiento de la obligación por cualquiera de ellos provoca su extinción para los dos. En este sentido, la doctrina romanística suele distinguir, en atención a los sujetos, entre obligaciones "parciarias", cumulativas

La anterior regulación positiva de la novación por cambio de deudor, como un supuesto más bien de modificación que de extinción de obligaciones, fue el desencadenante en nuestro país de una fuerte polémica acerca del significado del término novación en Derecho español (novación extintiva para unos, novación modificativa para otros<sup>136</sup>). No obstante, esta polémica se encuentra hoy superada y el tratamiento de esta figura se viene centrando en el estudio de los efectos prácticos que produce<sup>137</sup>, para lo que resulta de interés el estudio de sus antecedentes históricos.

Atendiendo al elemento afectado, la novación puede ser objetiva o subjetiva.

En cuanto a la novación objetiva, la jurisprudencia ha establecido que la modificación de los elementos principales de la obligación implica necesariamente novación y,

---

y solidarias. Frente a estas últimas, que se caracterizan por tener una pluralidad de sujetos y un objeto único (de ahí su nombre *in solidum*, por el total), en las obligaciones cumulativas en sentido propio hay varios sujetos (en nuestro caso, pasivos) que tienen que realizar una prestación igual, pero que no es la misma, sino que las obligaciones son independientes. Como ejemplos pueden referirse en el Derecho romano arcaico y clásico cuando varias personas conjuntamente cometen un daño, cada uno está obligado a repararlo por entero; lo mismo cuando se vendía una misma cosa a varias personas, en cuyo caso el vendedor debe la entera prestación a cada uno de ellos. Ambos ejemplos tienen en común la idea de sanción impuesta a quienes conjuntamente causan un daño o a quien promete la misma cosa a varios. Véase, al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ, Juan, Curso de Derecho romano, Barcelona, 1987, Pp. 341 a 344. IGLESIAS, Juan, Derecho romano, Barcelona, 1994, Pp. 341 a 342 y KASER, Max, Derecho romano privado (trad. a cargo de José María Santa Cruz Teijeiro, 1982), P. 247. Sobre la evolución que sufrieron las obligaciones cumulativas propiamente dichas en el Derecho justiniano en el sentido de evolucionar hasta su reconocimiento como obligaciones solidarias, véase ALBERTARIO, Emilio, *Corso di Diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, Pp. 11 a 22. Las obligaciones llamadas propiamente cumulativas se caracterizan, en lo esencial por el hecho de que cada uno de los obligados lo está a realizar el todo de la prestación, y además, que todos y cada uno de ellos deben realizar una prestación distinta a favor del acreedor, de forma que la satisfacción de éste se logra con la suma de todas ellas. Solo así cabe hablar, en propiedad, de "acumulación" de prestaciones. Por tanto, el término "asunción cumulativa" será aquí utilizado para todos aquellos casos de no liberación del deudor antiguo, si bien aclarando que la acumulación no lo es de prestaciones sino de sujetos.

<sup>136</sup> CRISTÓBAL MONTES, Ángel: "La llamada novación modificativa del derecho civil español", en Temis, Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Zaragoza 33-36 (1973-1974), Pp.75 y siguientes; también en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1973, P. 1162 sin embargo, aunque puede hacerse esta crítica teórica al concepto o terminología utilizada, parece lo cierto, que una deuda puede ser objeto de un contrato, y que de hecho lo es del que consiste en asumir una deuda ajena.

<sup>137</sup> Significativa es, al respecto, la opinión de DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Madrid, 1996, II, Pp. 800 y 857: "El hecho de que esta sustitución se califique o no como "novación" y que se discuta si tal novación es extintiva o modificativa, no tiene por sí una trascendencia especial, como, en cambio, la tiene el decidir su alcance y efectos, que es seguramente el centro de la cuestión. Se trata de saber en qué medida juegan en favor y en contra del nuevo deudor las consecuencias dimanantes de la relación jurídica anterior y del sistema de organización de intereses que en él se encontraba establecido". De ahí que este autor prefiera hablar "de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecido por las partes".

pese a proclamar el principio de que la novación no se presume nunca, parece haber sentado una presunción especial de novación para los casos de variación del objeto y de las condiciones principales, en tanto que la alteración de las condiciones accidentales o accesorias no tiene por consecuencia el efecto novatorio, sino el meramente modificativo, sin duda como consecuencia de identificar la modificación del objeto o de las condiciones principales con el supuesto de incompatibilidad del art. 1.204, asimilando los cambios accidentales a la compatibilidad.

En cuanto a la novación subjetiva o novación por cambio de deudor, el TS y la doctrina admite que junto a la novación propia o extintiva, coexiste la novación subjetiva por cambio de deudor con carácter meramente modificativo y, en definitiva, la sucesión particular en el débito, afirmando que “no existe en el Código disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva”, y que “tampoco aparece precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo”<sup>138</sup>.

Respecto al otro subtipo de novación subjetiva por cambio de acreedor, el TS ha considerado la sustitución del acreedor, a través de la cesión de crédito o la subrogación, como una novación modificativa o impropia, que no produce la extinción de la obligación sino su transmisión al nuevo acreedor en todo su contenido<sup>139</sup>.

TASENDE CALVO<sup>140</sup> opina que la materia de la novación no goza de un tratamiento legal específico dentro de la normativa reguladora de los contratos de arrendamiento, por lo cual la solución a estos problemas habrá de venir dada por la aplicación de los preceptos generales del Código Civil relativos a la novación, y de la doctrina jurisprudencial interpretadora de los mismos. Ello obliga a hacer un planteamiento de la cuestión, y en particular del dilema novación-modificación, eminentemente casuístico, y desde la perspectiva adoptada por la jurisprudencia al resolver determinados supuestos de mayor incidencia práctica.

Así las cosas, en cuanto a los arrendamientos objeto de la presente investigación, es decir, los urbanos, la jurisprudencia viene considerando como elementos esenciales de este contrato locativo, cuya alteración puede ser por ello causa de novación, tanto el inmueble arrendado, como el precio o renta, e incluso el plazo o tiempo del

---

<sup>138</sup> SSTS 10 febrero 1950, 6 marzo 1969, 10 octubre 1970, 26 noviembre 1982, 20 marzo 1985, 1 diciembre 1989 y 4 abril 1990.

<sup>139</sup> SSTS 26 enero 1928, 7 julio 1958, 16 junio 1969, 5 noviembre 1974, 26 noviembre 1982, 21 octubre 1991 y 13 febrero 1988.

<sup>140</sup> Cit.

arriendo<sup>141</sup>, por lo que cualquier otra modificación que no afecte a estos requisitos sustanciales carece de aptitud para operar la novación extintiva de la obligación. Pero ello no es óbice para que se adopten también en esta materia criterios de gran flexibilidad y amplitud en orden a reconocer la eficacia puramente modificativa y no extintiva de la obligación, sin perjuicio de la incompatibilidad que pudieran conllevar tales cambios en la esencia y contenido del contrato, en cuyo caso habría que apreciar la existencia de verdadera novación<sup>142</sup>.

Siguiendo al mismo autor, la Ley de Arrendamientos Urbanos contempla de manera específica dos formas de modificación subjetiva de la relación arrendaticia que implican la sustitución de la persona del arrendatario y vienen a significar un reconocimiento legal de la figura de la cesión de contrato. Estas dos modalidades de transmisión por negocio o *inter vivos* de la relación locativa son: la cesión de vivienda y el traspaso de local de negocio.

El subarriendo se diferencia de la cesión en que supone la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento entre el arrendatario y un tercero, subordinado o dependiente del anterior, el cual subsiste en su plenitud, por lo que no hay ninguna clase de transmisión o subrogación entre el subarrendador y el subarrendatario respecto de las obligaciones contraídas por aquél con el arrendador, y así, el art. 1.550 CC faculta al arrendatario a subarrendar el todo o en parte la cosa arrendada, “sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador”.

## V. EL ART. 1.567 DE LA ANTIGUA LEC DE 1881

El art.1.567 de la antigua ley de enjuiciamiento civil del año 1881<sup>143</sup> establecía un requisito procesal para recurrir, que era el pago o consignación de las rentas en un plazo concreto, pero en lo que concierne a la presente investigación, dicho precepto *in fine*, expresaba que: “En todo caso, el abono de dichos importes no se entenderá novación contractual”. Igual previsión legal se contiene en la vigente ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en su art. 449.2<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> SSTs 4 junio 1919, 11 enero 1929, 20 diciembre 1956 y 23 marzo 1960.

<sup>142</sup> STS 17 abril 1963.

<sup>143</sup> Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 08 de Enero de 2001).

<sup>144</sup> Artículo 449 redactado por el apartado ocho del artículo cuarto de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE 11 octubre), con vigencia desde el 31 octubre 2011.



Sobre la meritada dicción legal y su posible alcance sustantivo, con independencia del procesal que entraña, no se ha ocupado la doctrina. Pues bien, en mi opinión personal tiene un claro alcance sustantivo, a la par que preventivo. Supone que los pagos que se hagan de rentas futuras y/o devengadas durante la sustanciación de los recursos procesales en un proceso de desahucio arrendaticio, no deben entenderse como novación contractual, cautela necesaria so pena de prejuzgar el fondo del asunto tangencialmente por mor del pago o consignación de las rentas por parte de quien disfruta del inmueble objeto de locación.

El TC, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance procesal del condicionante a la recurribilidad que dichas normas conforman, en un recurso de amparo que pretendía la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos:

“4. Asimismo, en una reiterada y consolidada jurisprudencia, hemos declarado que el requisito del pago o consignación de las rentas vencidas al tiempo de la interposición del recurso, o de las que vayan venciendo durante su tramitación, que se establece en los artículos 1566 y 1567 LEC de 1881 (y en la actualidad en el art. 449.1 y 2 de la Ley 1/2000), no constituye un formalismo desproporcionado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos. Por el contrario, representa una exigencia esencial para el acceso y la sustanciación de los recursos, cuya finalidad es la de asegurar los intereses del arrendador que ha obtenido una Sentencia favorable, para evitar que el arrendatario se valga del sistema de recursos que la Ley le concede, como medio para continuar en el goce o uso del inmueble arrendado sin satisfacer la contraprestación de la renta, convirtiendo así el recurso en una maniobra dilatoria del lanzamiento en perjuicio del arrendador (STC 204/1998, de 26 de diciembre, por todas).

Igualmente, hemos declarado que una interpretación teleológica o finalista del requisito procesal que nos ocupa, exige distinguir entre el hecho real del pago o consignación de las rentas vencidas, que se erige en un requisito esencial e insubsanable para la admisión del recurso, y la prueba o acreditación de dicho pago o consignación que constituye, por el contrario, un mero requisito formal y subsanable (STC 344/1993, de 22 de noviembre, por todas).

En atención a ello, este Tribunal ha estimado que la formulación de un recurso en un proceso arrendaticio sin que al tiempo de hacerlo, o dentro del plazo de interposición, se hubiera pagado o consignado el importe de las rentas vencidas, puede suponer la omisión de un requisito esencial e insubsanable que determina la procedencia de una causa legal de inadmisibilidad del recurso (arts. 1566 LEC 1881, y 449.1 ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil), que no resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (STC 204/1998, de 26 de diciembre).

5. Proyectando la referida doctrina al caso enjuiciado, debemos comenzar recordando que tras la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos

urbanos (Disposición adicional 5.2), el art. 1566 LEC disponía que: "En ningún caso se admitirán al demandado los recursos de apelación y de casación, cuando procedan, si no acredita al interponerlos tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas, o si no las consigna judicial o notarialmente". Ello no obstante, la falta de pago o consignación al tiempo de interposición del recurso no es ahora esencial, pues el art. 1567 LEC disponía, a su vez, que "Si el arrendatario no cumpliera lo prevenido en el artículo anterior, se tendrá por firme la sentencia y se procederá a su ejecución, siempre que requerido por el Juez o Tribunal que conozca de los mismos no cumpliera su obligación de pago o consignación en el plazo de cinco días"<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> TC, Sala Primera, Sentencia 22/2002, de 28 de enero de 2002 (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2002).



## CAPÍTULO TERCERO: ARRENDAMIENTO Y FIGURAS AFINES DE USO DE VIVIENDA

### I. ARRENDAMIENTOS URBANOS. BREVE HISTORIA. CONCEPTO. REGULACIÓN

En el Derecho romano el arrendamiento urbano se distinguía del rústico, así existía el *inquilinatus* de bienes urbanos frente al *colonatus* de bienes rústicos<sup>146</sup>.

Dicho contrato surge y se desarrolla en el medio urbano, en la ciudad y con la civilización<sup>147</sup>.

Según MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>148</sup>, no es extraño contemplar como el arrendamiento urbano, tras su regulación en el ordenamiento jurídico romano, sufre una especie de parálisis en su evolución dentro de la Península Ibérica, dado que no hay menciones al mismo ni en el Derecho visigodo ni en el Derecho altomedieval.

Dicha afirmación del autor mencionado no resulta desvirtuada por la existencia de algún ejemplo aislado de contrato que beba de las fuentes del Derecho romano. Todo ello vendría motivado por la ausencia de una vida urbana generalizada en el marco de una España dedicada a la Reconquista y a la repoblación, esto es, a las labores bélicas y a las de la subsiguiente repoblación del territorio ganado al Islam.

Para ALEJANDRE GARCÍA<sup>149</sup> lo que explica la sequía normativa de aquel tiempo, son las tres circunstancias siguientes: a) una jurídica: la interrupción, falta de arraigo o de penetración de la doctrina romana sobre el arrendamiento en la

---

<sup>146</sup> D'ORS, A. Derecho Privado Romano, Pamplona, 1989, p. 554.

<sup>147</sup> RODRIGUEZ SOLANO, J. "El contrato de inquilinato en el Derecho Romano" en Información Jurídica, 69, 1949, Pp. 161 a 192.

ALEJANDRE GARCÍA, J. A. "El contrato de arrendamiento de casas. Orígenes y desarrollo en el Derecho histórico español" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 47, 1973, Pp. 253 a 313.

GIBERT SÁNCHEZ de la VEGA, R. "Arrendamiento Urbano en el Derecho español" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 57, 1979, Pp. 5 a 19.

<sup>148</sup> Martínez Martínez, F. "Algunas consideraciones sobre el arrendamiento urbano a través del estudio de un contrato del siglo XVIII", Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 7, Nº 1, 1998, Pp. 123 a 153.

<sup>149</sup> Op. cit., p. 264.

legislación visigoda; b) una socio-económica: la inexistencia de vida urbana generalizada durante esos períodos y, por ende, la falta de necesidad de regular los problemas que la habitación de viviendas plantease en la urbe; y c) la posibilidad de que los problemas de la vivienda se resolviesen acudiendo a otras modalidades contractuales, lo que le lleva a concluir que “en los escasos núcleos urbanos tal vez no resultara económico edificar o mantener una casa para alquilar. En la práctica, quien necesita una casa para habitarla tal vez la construyera- lo que se explica dada la simplicidad de la vivienda de entonces- o acaso recurriera a la compra de la misma”.

En opinión de MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>150</sup> cuando a partir de los siglos X y XI, y, sobre todo, en el siglo XII, asistimos en Europa y en la Península a un resurgir de las ciudades, a un florecimiento de la Vida en las urbes, la situación cambia radicalmente y se comienza a regular nuevamente el arrendamiento urbano, con la recepción en los reinos hispánicos del Derecho Común en esos mismos siglos.

GIBERT<sup>151</sup> considera como una recepción prematura del Derecho romano-justiniano en el Fuero de Cuenca (*circa* 1190), primer texto foral que hará mención al arrendamiento de casa o tienda, de donde pasará a los fueros de Alcaraz, Zorita de los Canes, Alarcón, Baeza, Béjar y Plasencia, entre otros, así como a otros ordenamientos locales o particulares en los que el influjo de aquél es claro, como el Fuero de Teruel, Soria, o incluso, Cáceres. Además de los textos forales de la Extremadura castellana citados, el arrendamiento urbano es regulado también en las dos grandes recopilaciones del Derecho comarcal de Castilla: el Libro de los Fueros de Castilla y el Fuero Viejo, ambas obras realizadas por juristas privados en el siglo XIII.

Siguiendo a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, los reinados de Fernando III y de su hijo, Alfonso X, suponen un punto de inflexión en la evolución histórica del arrendamiento urbano. Por un lado, se detecta una clara influencia del llamado *Ius Commune*, expresión con la que se alude al Derecho romano-justiniano, al Derecho canónico y al lombardo-feudal, que va a ser recibido en Castilla y León por medio de los textos jurídicos que manejan estos monarcas; por otro lado, se produce un intento de acabar con el fraccionamiento o dispersión jurídica propia de la época medieval anterior, es decir, hay un intento de crear un Derecho de general aplicación a la totalidad del reino.

Fruto de estas dos notas combinadas es la regulación establecida en el Fuero Real y en las Siete Partidas, en los cuales se puede detectar de modo claro los aspectos reseñados arriba. Ambos textos van a efectuar una regulación del arrendamiento urbano donde se aprecia la incidencia de las construcciones romanas. Pero lo que

---

<sup>150</sup> Op. cit.

<sup>151</sup> Vid. nota 67, op. cit.

es más importante, las Partidas desde su proclamación como Derecho oficial de Castilla en el año 1348, se convertirán en el cuerpo jurídico regulador del arrendamiento urbano hasta el siglo XIX, si bien se introdujeron algunas modificaciones de carácter localista durante los siglos sucesivos que obedecían a las especiales circunstancias urbanas que ciertas ciudades presentaban y que hacían necesaria la adaptación o corrección de los preceptos vigentes a la nueva coyuntura que se generó en algunas urbes, en especial Madrid, residencia de la Corte desde tiempos de Felipe II. Es precisamente este monarca el que da los primeros pasos por medio de una Resolución de 1564 con la cual se intentaba limitar la facultad del arrendador de fijar libremente el alquiler para las casas de la Corte, lo que será continuado en el siglo XVII por su sucesor, Felipe II. Otras disposiciones posteriores alterarán parcialmente el régimen del contrato de inquilinato, que, en líneas generales, llega hasta bien entrado el siglo XIX conservando el diseño legal que preceptuaban las Partidas.

El contrato de arrendamiento urbano del siglo XVIII analizado por el autor seguido, contempla un supuesto de novación subjetiva mortis causa cuando expresa: *“y se obligaron con su personas y vienes muebles y raíces presentes y futuros de dar y pagar, y que sus herederos daran y pagaran la renta y por la motivada casa a la otra parte o quien sus veces faga los treinta ducados”*. Para MARTÍNEZ MARTÍNEZ esta mención a los herederos se conecta con la idea de la subrogación que recogía la Partida 5, 8, 2, que a su vez, procede de las Instituciones de Justiniano 3, 24, 6, como subrogación legal.

Presenta cierta analogía con esta novación subjetiva en el contrato de arrendamiento de casa, la renuncia que en el mismo se establece a la posibilidad de que las mujeres fueran fiadoras; pues según ARIAS RAMOS<sup>152</sup> los casos de intercesión eran, por ejemplo, aquellos en que alguien se convierte en deudor solidario, en los supuestos de garantía personal o real (hipoteca, prenda o fianza), o en los de novación por intervención de un tercero que suple al anterior deudor. El sistema de las Partidas reitera la institución romana del senadoconsulto Veleyano prohibiendo que las mujeres fueran fiadoras de otra persona, salvo renuncia a dicha protección por ellas.

En opinión de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, posteriormente, el negocio arrendaticio no experimentó en su devenir histórico importantes cambios, salvo los derivados de una nueva legislación, la de los siglos XIX y XX, de corte marcadamente social, orientada a la protección de la parte del contrato que tradicionalmente había ocupado la posición más gravosa esto es, el arrendatario o inquilino.

---

<sup>152</sup> ARIAS RAMOS, J. Derecho romano (apuntes didácticos para un curso), Madrid, 1951, tomo II, Pp. 601 a 602.

Según RUIZ-RICO<sup>153</sup>, la regulación del CC resultó muy pronto insuficiente e inadecuada para hacer frente al problema de la escasez de viviendas que se empezó a notar, en nuestro país, a principios del siglo pasado. La tarea de proporcionar a los arrendamientos de viviendas una regulación adecuada a las circunstancias del momento pasaba por olvidar principios básicos del Derecho común y reclamaba el establecimiento de normas imperativas que asegurasen, a costa de la libertad de pacto, una eficaz protección al arrendatario.

En línea con las leyes que le precedieron, el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 reguló tanto el arrendamiento de vivienda (inquilinato), como el arrendamiento de local de negocio. Igualmente, se ocupó del subarriendo y de la cesión de viviendas y de locales de negocio. La especial protección que el TRLAU dispensó al arrendatario se concretó en la concesión de una serie de beneficios en los aspectos más relevantes de la relación arrendaticia. El principal fue la prórroga del contrato a la llegada del vencimiento del plazo pactado. Se configuró como una prórroga obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario, funcionando incluso en los casos de transmisión o extinción del derecho que el arrendador tuviera sobre la finca objeto del contrato. Se reconocieron también derechos de subrogación a la muerte del arrendatario y se facilitó el acceso a la propiedad del inmueble ocupado mediante la atribución de derechos de adquisición preferente. Como ley especial, el TRLAU era de aplicación preferente al CC en los contratos de arrendamiento que integraban su objeto. Las normas del CC quedaron reservadas para regular los arrendamientos excluidos de la ley especial y para suplir las lagunas de ésta.

Desde la perspectiva de los propietarios de inmuebles, la duración casi indefinida del arrendamiento y la posibilidad de extender la vigencia del contrato más allá de la muerte del arrendatario, hicieron poco atractiva la opción de cederlos en arrendamiento, lo que justificó el Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica (“Decreto Boyer”), que suprimió la prórroga forzosa dejando la duración de los contratos a la libertad de pacto de las partes, sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el art. 1.566 CC y de la posibilidad de los contratantes de acogerse, voluntariamente, al régimen de la prórroga forzosa.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, si bien su objeto principal lo constituyen los contratos que se celebrasen a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley (1 de enero de 1995), invade también el régimen de los contratos heredados de la legislación anterior, en el que introduce importantes modificaciones a través de unas complejas y extensas Disposiciones Transitorias.

---

<sup>153</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 290 a 293.

Más recientemente, de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal<sup>154</sup> tiene especial interés, recoger aquí, lo siguiente<sup>155</sup>: "... en los contratos de arrendamiento

---

<sup>154</sup> STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5886/2010), Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos, Nº de Recurso: 602/2007, Antecedente de Hecho Cuarto y Fto. de Derecho Séptimo.

<sup>155</sup> "En los fundamentos de Derecho de la Sentencia, en cuanto interesa para el presente recurso, se declara, en síntesis: 1. La Jurisprudencia afirma que la entrada en vigor del RDL 2/1985 se crearon dos regímenes jurídicos: los anteriores al RDL 2/1985, sujetos a prórroga forzosa, y los posteriores, sujetos a la aplicación del artículo 1566 CC, a no ser, en este caso, que los contratantes hubiesen convenido explícita o implícitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa (SSTS 20 de abril de 1993 y 23 de mayo de 1995). 2. Las dudas o la ambigüedad que puedan existir en el contrato de arrendamiento respecto al sometimiento o no a la prórroga forzosa, ha de ser resuelta a favor de la libertad de pacto, es decir, a favor de la inexistencia de prórroga forzosa. 3. Los argumentos en los que se había basado el juzgador de instancia para entender que existía un pacto de sometimiento a la prórroga forzosa, no eran suficientes para considerar acreditada su existencia. 4. El que exista cláusula de actualización de renta no implica que se quiera someter el contrato al régimen de prórroga forzosa, puesto que la tácita reconducción puede llevar a la duración temporal del contrato más allá del plazo inicialmente pactado. 5. El hecho de que el inquilino se hiciera cargo de diferentes gastos (impuestos, obras de conservación y reparación y responsabilidad del inquilino en daños ocasionados a terceros) no determinan la necesidad de que existiera prórroga forzosa. La tácita reconducción permite la duración del contrato más allá del año inicialmente pactado, por lo que la asunción de los gastos por el inquilino se hace conciliable con la tácita reconducción.

6. El mantenimiento de la vigencia del contrato a lo largo del tiempo por la anterior arrendadora, madre del actor, no es un acto contrario a la aplicación del artículo 9 RDL 2/1985. Este precepto permite que el contrato pueda prorrogarse en virtud de la tácita reconducción. La extensión de la duración del contrato más allá de lo inicialmente pactado no lo convierte en un contrato de duración indefinida. QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Miguel Ángel se formulan los siguientes motivos, todos ellos al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC: Motivo primero. «La Sentencia de alzada se opone frontalmente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por infringir y vulnerar el párrafo segundo del art. 1281, del Código Civil, el art. 1282, así como el art. 1285 del mismo cuerpo legal, revocando la interpretación dada por el Juzgador de instancia». Se fundamenta este motivo, en síntesis, en las siguientes alegaciones: El contrato de arrendamiento no es lo suficientemente claro y preciso para atenerse a la literalidad de sus términos. La Audiencia Provincial declara en la Sentencia que las cláusulas del contrato permiten "albergar dudas" respecto a la duración. Sin embargo, aplica y toma en consideración una única e individual cláusula contractual en un sentido estrictamente literal y gramatical. La interpretación literal de la cláusula ha llevado a la Audiencia Provincial una errónea conclusión de lo que fue la intención de las partes contratantes. Se alega la oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 4 de febrero de 1992, 12 de junio de 1990, 13 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986, 18 de mayo de 2005, 30 de noviembre de 2005, 15 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1993, entre otras muchas. Se concluye afirmando la interpretación del clausulado del contrato debería responder a la lógica sistemática y no a la literalidad. [...] SÉPTIMO.- Consideraciones generales sobre la interpretación del artículo 9 RDL 2/1985. Con la entrada en vigor del RDL 2/1985, el legislador pretendió acabar con el régimen de prórroga forzosa que obligaba a los arrendadores, por la sola voluntad de los arrendatarios, permanecer en el contrato de arrendamiento indefinidamente, contraviniendo los principios generales del Derecho civil que dotan a las obligaciones y contratos de la naturaleza de la temporalidad y del mutuo acuerdo. Dicha regulación se impuso no obstante la voluntad de las partes, que podían, si así lo deseaban, someterse voluntariamente al régimen del artículo 57 LAU



celebrados bajo la vigencia del Real Decreto Ley 2/85 es necesario que el pacto de prórroga forzosa conste con toda claridad y sin ninguna duda. Y es que, como es sabido, una de las novedades más importantes introducidas por el Real Decreto Ley 2/1985 respecto de la legislación arrendaticia anterior fue precisamente la supresión del régimen de prórroga forzosa, imperando desde su entrada en vigor, el 9 de mayo de 1985, una plena libertad a la hora de determinar la duración del contrato de arrendamiento urbano, desapareciendo por tanto la renovación temporal automática que por imperativo legal regulaba el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, lo que lógicamente no impide que en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el art. 1.255 del Código Civil, las partes se sometan al referido régimen”.

Pues, en efecto, siendo la normativa en su moderna evolución menos tuitiva para el inquilino y por ende, con menos permeabilidad social, el antiguo TRLAU de 1964 limitaba el número de subrogaciones posibles y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, como la vigente, no las limita, precisamente, porque limita la duración de los contratos.

Posteriormente, la Ley 4/2013, de 4 de junio, de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, ha modificado la LAU buscando un nuevo equilibrio entre las necesidades de viviendas en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores, incidiendo en la duración arrendaticia<sup>156</sup>. Esta revisión vigente, desde 06 de Junio de 2013, no afecta a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, que continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación, salvo acuerdo de las partes y no contrario a las previsiones legales.

---

1964. Ahora bien, el citado sometimiento al régimen de prórroga forzosa ha de ser inequívoco, bien por así ser expresado en el contrato, bien por, de forma implícita, extraerse sin ningún género de dudas del articulado (SSTS 9 de septiembre de 2009 y de 7 de julio de 2010). OCTAVO.- Inexistencia de interés casacional. A) En las SSTS de 4 de febrero de 1992 (RC nº. 2837/1989) y de 20 de abril de 1993 (RC nº. 2821/1990) no se fija doctrina jurisprudencial en el sentido pretendido por la parte porque (i) se refieren ambas a arrendamientos de local de negocio, supuesto de hecho distinto del actual y (ii) dan respuesta a dos situaciones de hecho concretas. Las propias Sentencias establecen la necesidad de examinar cada contrato individualizadamente. B) La STS de 22 de junio de 2006 (RC nº. 1/2005), en un caso semejante, estableció que «Esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2008) que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida”.

<sup>156</sup> En palabras de RUIZ-RICO, sobre la base de que el arrendamiento es un contrato esencialmente temporal, tal y como lo define el CC (art. 1.543), la prórroga forzosa e indefinida de la legislación anterior es sustituida por el establecimiento de un plazo mínimo de duración del arriendo que, con algunas excepciones, el arrendatario puede imponer al arrendador, e incluso a la persona que adquiera el inmueble, aun cuando la duración pactada por las partes fuera inferior. Con él se persigue dotar de relativa estabilidad a la relación arrendaticia. Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, P. 294.

## II. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA LAU

Como antecedente de la disposición normativa objeto de este epígrafe, sirva el apartado 3 del art. 1 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobado por Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre, texto aún vigente para numerosas viviendas como se deduce del régimen transitorio arrendaticio de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos<sup>157</sup>.

Para IBARRA SÁNCHEZ<sup>158</sup>, de este texto se deduce que las viviendas de protección oficial se rigen en primer lugar por la normativa administrativa VPO que incluía el desahucio administrativo, procedimientos que se han venido tramitando con total apoyo jurisprudencial, pese al párrafo in fine del mencionado apartado que vetaba cualquier excepción de índole competencial y de procedimiento, se entiende que judicial. Este último párrafo se ha transcrito en el apartado 8 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y su interpretación debe por tanto ser la misma.

Según SERRANO DE NICOLÁS<sup>159</sup>, el apartado 8 de La Disposición Adicional Primera solo es aplicable en defecto de normativa autonómica, puesto que la competencia en materia de vivienda es exclusiva de las Comunidades autónomas. Este precepto se refiere a cuestiones jurisdiccionales, tipos de competencia y procedimientos de carácter jurisdiccional, pero no a los procesos administrativos que quedan fuera de la ley de arrendamientos urbanos.

Por tanto, en relación con el régimen jurídico de los arrendamientos de viviendas de protección oficial, públicas o privadas tras la entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos hay que partir de la distinción fundamental entre los arrendamientos, que se concierten con esta Ley, ya sea el arrendamiento de promoción pública y privada, y los ya existentes sometidos a la legislación anterior. La Disposición Adicional Primera indica que a estos arrendamientos se le aplicará la Ley 29/1994 con las siguientes especialidades:

---

<sup>157</sup> Art. 1, apartado 3, Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre: El arrendamiento de fincas urbanas construidas al amparo de Leyes especiales protectoras se regirá por las normas particulares de éstas y, en lo no previsto en ellas, por las de la presente Ley, que se aplicará íntegramente cuando el arrendamiento deje de estar sometido a dichas disposiciones particulares. La excepción no alcanzará a cuestiones de competencia y procedimiento en las que se estará por entero a lo dispuesto en esta Ley.

<sup>158</sup> IBARRA SÁNCHEZ, J. L. Desahucio administrativo en materia de viviendas de protección oficial. Colegio de Abogados de Sevilla, *La Toga*, Nº. 151, 2004, Pp. 17 a 19.

<sup>159</sup> SERRANO DE NICOLÁS, A. Los arrendamientos de viviendas de protección oficial según la nueva legislación, Cedecs, Barcelona, 1998, pássim.

- La renta máxima inicial, por metro cuadrado útil de las viviendas de protección oficial a que se refiere el apartado anterior, será el porcentaje del precio máximo de venta que corresponda de conformidad con la normativa estatal o autonómica aplicable.
- La revisión de las rentas de las viviendas de protección oficial, cualquiera que fuera la legislación a cuyo amparo estén acogidas, podrá practicarse anualmente en función de las variaciones porcentuales del Índice Nacional General del Sistema de Índices de Precios de Consumo.
- Además de las rentas iniciales o revisadas, el arrendador podrá percibir el coste real de los servicios de que disfrute el arrendatario y satisfaga el arrendador.
- Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan, serán nulas las cláusulas y estipulaciones que establezcan rentas superiores a las máximas autorizadas en la normativa aplicable para las viviendas de protección oficial.

En relación a la aplicación de esta normativa, establece el inciso 7º que "lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación general en defecto de legislación específica de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia".

Para los arrendamientos de viviendas de promoción pública, lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera es reiterativo, por un lado el número sexto indica que lo dispuesto en los apartados anteriores, es decir lo previsto para la VPO de promoción privada, no será de aplicación a las viviendas de promoción pública reguladas por el Real Decreto-Ley 31/1978; y el número octavo que enumera la normativa específica de aplicación. En concreto, el número octavo indica que: "El arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública se regirá por las normas particulares de éstas, respecto del plazo de duración del contrato, las variaciones de la renta, los límites de repercusión de cantidades por reparación de daños y mejoras, y lo previsto respecto del derecho de cesión y subrogación en el arrendamiento, y en lo no regulado por ellas por las de la presente ley, que se aplicará íntegramente cuando el arrendamiento deje de estar sometido a dichas disposiciones particulares".

Esta regulación, en relación con la de protección oficial no pública, se diferencia porque se remite a la normativa de la común, haciendo una especial relación de materias y por el hecho de que no regula sustantivamente el régimen.

Finalmente, en cuanto a los arrendamientos anteriores a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la Disposición Transitoria Quinta dispone lo siguiente: "Los arrendamientos de viviendas de protección oficial que subsistan a la entrada en vigor de la presente Ley, continuarán rigiéndose por la normativa que les viniera siendo de aplicación". Se entiende que se refiere tanto a la promoción pública como a la privada, ya que donde la ley no distingue no se puede distinguir.

Por consiguiente, a una vivienda de VPO arrendada se le aplica su normativa específica y las especialidades de la Disposición Transitoria Quinta, pero para ello, indica la jurisprudencia que es necesario que su régimen sea subsistente, por lo que cuando éste se extingue se pierden dichas especialidades, aplicándose el régimen ordinario de la Ley<sup>160</sup>.

Así las cosas, la Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos establece un régimen especial para los arrendamientos de viviendas de protección oficial como una suerte de excepción a los demás contratos sujetos a su regulación, en el que se incluye, entre otras, una regla de duración del régimen legal de estas viviendas y otra de nulidad civil de los contratos que se establezcan rentas superiores a los máximos autorizados en la normativa aplicable.

No se puede poner en duda, por tanto, que esa Disposición Adicional es una fuente normativa que va a afectar a cualquier contrato con independencia de la fecha de su calificación, incluso a los anteriores a los que la jurisprudencia daba cobertura.

XIOL RÍOS<sup>161</sup> se hacía eco del Tribunal Supremo afirmando que, a partir de la entrada en vigor de la ley, no es ética ni jurídicamente sostenible admitir que existen dos suertes de contratos de arrendamientos, unos amparados en una jurisprudencia permisiva y otros sujetos a la regla sancionadora impuesta por la Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en unos momentos en que esta Sala ha establecido una nueva doctrina que pretenda acomodar ambas realidades jurídicas, civil y administrativa, para impedir que se pueda seguir manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de normas administrativas, aplicando las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (SSTS de 30 de septiembre y 29 de octubre de 2008).

Además, supone que dichos contratos de vivienda protegida estén sujetos a su propia normativa administrativa y en lo que concierne a la presente investigación, que en dicho ámbito, la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, califica en su art. octavo, de infracción muy grave la cesión del uso de viviendas protegidas. Con todo, determinadas circunstancias desplazan esta apriorística prohibición. A saber: los casos de subrogación legal (si el aspirante forma parte de la unidad familiar), los de pago de renta por tercero (que le pueden convertir en precario), los supuestos de resolución judicial del arrendamiento y no ejecución del lanzamiento, etc.

---

<sup>160</sup> Cfr. Sentencia 15 de noviembre de 1995, Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Pontevedra, (AC 1995/2038).

<sup>161</sup> XIOL RÍOS, J. A. (Dir.), Ley de Arrendamientos Urbanos, El Derecho, Madrid, 2010, P. 186.

GALLARDO RUEDA<sup>162</sup> ya se refería a lo que él denominaba “*inconcurrencia advenida*” durante la posesión misma (cesión y subarriendo total) que debe determinar la resolución del vínculo. No debe estar, por el contrario, en la sucesión *mortis causa* amparada en las condiciones y en favor de la persona o personas determinadas en la Ley. Porque notas relevantes de esta situación posesoria, derivada de la adjudicación, son las de que la novación hereditaria se produce siempre por ministerio legal, y nunca o solo en modo muy limitado, por un acto voluntario del causante primer poseedor. Sucede aquél a quien la Ley llama por virtud de un mecanismo automático, por declaración administrativa subsiguiente de carácter general o por un reconocimiento subjetivado; solo en estas condiciones funciona la *accessio possessionis* y la aptitud para prescribir. No cabe la convalidación de las situaciones *contra legem*, ni, en la organización positiva actual, el amparo de los Tribunales.

Continuaba expresando el mismo autor, a título de colofón, que cabe ensayar aquí la crítica de la posición vacilante adoptada por el legislador civil en esta materia, que se ha resuelto definitivamente en favor de la tesis administrativista. Recuérdese, en efecto, que la ley sobre arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, solo al referirse a la renta y a alguna, otra cuestión parcial, se remitía, para esta clase de viviendas, a su legislación especial.

Por tanto, como recoge IBARRA SÁNCHEZ<sup>163</sup>, es evidente que la ley de arrendamientos urbanos se aplicará íntegramente cuando la vivienda haya agotado su periodo de protección. Por otra, los preceptos 1 al 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos solo son aplicables a la promoción privada y como se afirma en el apartado 7, solo aplicables en defecto de normativa autonómica.

### III. CRISIS DE PAREJA. ARTS. 12, 15 Y CONCORDANTES LAU

Con anterioridad a la LAU del año 1994, entre el texto refundido de la LAU aprobado por Decreto 4104/1964 de 24 de diciembre y la Ley 30/1981 de 7 de julio que reformó el Código Civil, existía un profundo cambio en la concepción de la institución matrimonial, surgiendo conceptos jurídicos como el divorcio, que obligaban a armonizar los preceptos precedentes con la nueva normativa, máxime cuando la colisión podía ser más aparente que real, toda vez que la antigua LAU

---

<sup>162</sup> GALLARDO RUEDA, A. “Adjudicación de viviendas protegidas” en Anuario de Derecho civil, Nº 412, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1958, Pp. 3 a 8.

<sup>163</sup> IBARRA SÁNCHEZ, J. L. Desahucio administrativo en materia de viviendas de protección oficial. Colegio de Abogados de Sevilla, La Toga, Nº. 151, 2004, Pp. 17 a 19.

contemplaba los casos de cesión y subrogación<sup>164</sup> en el arrendamiento de vivienda, mientras que el Código Civil trata del uso de la vivienda familiar, que es un concepto distinto y hace abstracción del título que fundamente el goce familiar.

Así como la cesión o subrogación implican la novación subjetiva del arrendamiento por cambio de arrendatario, introduciéndose un tercero (cesión) o un miembro de familia, incluso alejado del concepto nuclear familia (subrogación) en cambio el “uso de la vivienda familiar” no implica cambio de arrendatario, llegándose a afirmar en las primeras resoluciones que pueden separarse los conceptos de titularidad y el derecho de ocupar la vivienda por decisión judicial, ya directamente por aprobación del convenio, ya de manera coactiva por resolución del juez a falta de acuerdo de los cónyuges y que cuando permanezca el cónyuge no titular, se da una desmembración de facultades, sin que la titularidad del cónyuge que ha de salir quede alterada, no pudiendo decirse que aunque haya una cesión del uso, jurídicamente pueda calificarse de una verdadera cesión del arrendamiento, siendo incluso el acuerdo de cesión del uso susceptible de modificación familiar cuantas veces el interés familiar lo haga más aconsejable, pudiendo así retornar otra vez el goce al titular.

En la actualidad y en estos artículos del epígrafe, entiendo que se produce una novación subjetiva en el arrendatario como consecuencia de la crisis de pareja. En opinión de RODRÍGUEZ CEPEDA, E.<sup>165</sup> afirma que nos encontramos ante un supuesto de subrogación en el contrato, que no es automática, ni impuesta por la Ley, igual al del art. 12 LAU, aunque el legislador utilice la expresión menos técnica de “podrá continuar...”.

El artículo 12 LAU que trata del desistimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario, por lo que prevé que 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. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto.

Dichas previsiones serán también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

---

<sup>164</sup> Cfr. Arts. 23, 4, 58 y 59.

<sup>165</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, E.: El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral. “Comentario al art. 15 LAU” (director PAU PEDRÓN, A.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, Pp. 136 a 141.

El artículo 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos faculta al cónyuge no arrendatario, en los casos de nulidad, separación o divorcio, para poder continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 del CC, debiendo comunicar ese hecho al arrendador en el plazo de dos meses desde que le fue notificada la resolución judicial correspondiente, y acompañando copia de la misma o aquella parte que afecte a uso de la vivienda. Ello supone, entendemos, un caso de subrogación legal en la posición del arrendatario, constituyendo presupuesto para su validez la notificación al arrendador en los términos expuestos.

La SAP de Málaga de 18 de junio de 1999<sup>166</sup>, en su Fundamento de Derecho Segundo señala: «El artículo 15 de la Ley de Arrendamientos (...) no significa novación del contrato, así como tampoco lo significaría cuando se altera el precio por la actualización de la renta, sino una simple subrogación de la esposa en la posición del arrendatario, que no implica la creación de una obligación nueva que sustituye la inicialmente contraída, sino, como mucho, una novación meramente modificativa o impropia, que no hace desaparecer, en absoluto el vínculo anterior, sino que lo transforma en la forma expresamente prevista por la ley, sin ningún tipo de creación de una nueva obligación que sustituya a la inicialmente contraída, situándose el nuevo arrendatario exactamente en la misma posición que tenía el anterior inquilino, manteniéndose intacta la relación contractual»

Hay opiniones en contra, así BENAVENTE MOREDA<sup>167</sup>, quien considera que tras la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge no titular, la relación arrendaticia nacida del contrato celebrado en su día, se mantiene intacta entre los iniciales contratantes. Lo que hay que tener en cuenta es que en este problema convergen dos tipos de relaciones: las internas, entre los cónyuges y las externas, frente a terceros, fundamentalmente frente al arrendador, el cual no debe verse afectado por aquella relación interna que ha hecho que se origine la atribución del uso de la vivienda a un cónyuge distinto del firmante del contrato de arrendamiento.

En el mismo sentido que BENAVENTE MOREDA<sup>168</sup>, se pronuncia FUENTES LOJO, afirmando que el art. 15 LAU no atribuye al cónyuge no arrendatario la condición de arrendatario, sino el uso de la vivienda arrendada.

El artículo 15 citado no utiliza como pudo hacerlo el término subrogación, como lo hace el art. 14 en relación a la enajenación de la vivienda arrendada, pues las

---

<sup>167</sup> BENAVENTE MOREDA, P.: Anuario de Derecho Civil. «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma» T-XLI, fasc. III, julio-septiembre 1988, Pp. 874 y 879

<sup>168</sup> FUENTES LOJO, J. V. Novísima suma de arrendamientos urbanos. Barcelona, BOSCH, 2001, T-I, p. 142

medidas que se adoptan en el juicio matrimonial son temporales y modificables. Entiende, por tanto, este sector de la doctrina, que no ha de producirse, pues, el efecto de una verdadera novación subjetiva, sino el de una mera sustitución temporal de la persona del arrendatario en el uso de la vivienda arrendada, y a los fines de que no se pueda interpretar tal sustitución como una cesión no consentida, contemplada en el artículo 27. 2 c) del mismo cuerpo legal, que se refiere al Incumplimiento de obligaciones.

Del tenor literal del art. 15 LAU (“podrá continuar en el uso de la vivienda”) sostienen que el único derecho que se atribuye al cónyuge del arrendatario es un simple derecho de uso, que no implica un cambio en la titularidad del contrato de arrendamiento, de tal modo que frente al arrendador el arrendatario seguirá siendo el cónyuge firmante del contrato. Afirman que cuando la Ley ha querido referirse concretamente a la subrogación en el contrato, lo ha hecho de un modo expreso e indubitado y que al no hacerlo así en este caso, ello implica que no estamos ante uno de los supuestos de subrogación legal en el arrendamiento<sup>169</sup>.

Están ambos artículos estrechamente interrelacionados porque si no se atribuye al cónyuge del arrendatario la cualidad de nuevo arrendatario su situación podría verse perjudicada en la hipótesis en la que el primitivo titular decidiera hacer uso del derecho de desistimiento del arrendamiento, que le concede el art. 12 LAU.

Dado que el art. 8 LAU exige el consentimiento del arrendador para efectuar cualquier tipo de cesión del contrato de arrendamiento, entiendo que el art. 15 LAU recoge una excepción a aquel precepto y, en consecuencia, una hipótesis de subrogación o cesión *ex lege*.

La importante STC de 31 de octubre de 1986<sup>170</sup>, establece por primera vez la necesidad de demandar a ambos cónyuges (*litis consorcio* pasivo necesario) para aquellas cuestiones relacionadas con el arrendamiento de la vivienda habitual, cuyo uso haya sido atribuido al consorte no firmante del contrato de arrendamiento. No obstante, es doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sentencia de 25 de enero de 1990<sup>171</sup> que, a diferencia de las acciones reales, en las acciones derivadas de contrato, solo es preciso demandar al cónyuge que contrató. Sin necesidad de entrar en el debate doctrinal y jurisprudencial acerca del carácter ganancial o no del arrendamiento de la vivienda familiar. En cuanto al pronunciamiento realizado por la STC 135/1986, de 31 de octubre, hay que precisar que el litisconsorcio pasivo necesario que postula se reduce al supuesto resuelto con ocasión del recurso de amparo y que es el de una mujer separada a

---

<sup>169</sup> COLÁS ESCANDÓN, A. M. Aranzadi Civil-Mercantil núm. 13/2003. “La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU”. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.

<sup>170</sup> RTC 1986, 135.

<sup>171</sup> RJ 1990, 24.



quien se atribuyó el uso del piso alquilado –constante el matrimonio y en régimen de sociedad de gananciales– por su marido; sin que ello suponga afirmar que en general y, en todo caso, haya de existir un litisconsorcio entre marido y mujer para todo caso en que uno de ellos sea el demandado.

En efecto, el art. 15 dispone que en determinados supuestos, a raíz de una situación de crisis matrimonial, el cónyuge que no es el titular del contrato de arrendamiento podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada. ¿Quiere esto decir que a partir de ese momento se produce un cambio en la titularidad del contrato de arrendamiento, de tal modo que el cónyuge adjudicatario se subroga en la posición de arrendatario que *in origine* ocupaba su consorte? ¿O por el contrario lo que sucede es que el titular del contrato, y por ende, quien ostenta la condición de arrendatario frente al arrendador, continúa siendo el cónyuge que desde el inicio firmó el contrato de arrendamiento, y lo único que acontece merced a la aplicación del art. 15 LAU es que el cónyuge adjudicatario solo disfruta del uso, de la posesión, de la vivienda arrendada por su consorte?

Al hilo de la sentencia constitucional, se hace necesario precisar el concepto de vivienda habitual y la jurisprudencia<sup>172</sup> al respecto acoge el concepto manejado por la doctrina<sup>173</sup>, que considera que una vivienda se beneficia de tal calificativo cuando sirve de cobijo y alojamiento para la familia de forma usual. Esta característica nos permite, pues, excluir del ámbito del artículo 1.320 CC a las viviendas de mero recreo o aquellas cuyo uso se limita a determinadas temporadas, coincidentes con períodos vacacionales a lo largo del año.

En conclusión, para ERDOZAÍN LÓPEZ <sup>174</sup> la atribución del carácter de habitual, en el sentido del artículo 1.320 CC, a una vivienda viene dado por la concurrencia de dos requisitos: uno subjetivo, cual es que en ella tenga su asiento y cobijo una familia, es decir, un ente necesariamente pluri-individual; otro temporal, puesto que sólo será verdaderamente habitual una casa cuando se habite durante un plazo de tiempo razonablemente estable.

---

<sup>172</sup> Cfr. St. de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. 3ª, de 10 mayo 1993; de Barcelona, Sec. 13ª de 12 mayo 1993; de Córdoba, Sec. 3ª, de 14 septiembre 1993; de Córdoba, Sec. 1ª, de 16 diciembre 1993; de Sevilla, Sec. 6ª, de 14 diciembre 1993; de Granada, Sec. 3ª, de 12 marzo 1994; y STS 31 diciembre 1994.

<sup>173</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO y otros, Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia. Vol. I, Bosch, Barcelona, 1990, P. 290; DE LOS MOZOS, J.L., Comentario al artículo 1.320. En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DIAZ ALABART, Tomo XVIII, Vol. 1º, 1982, P. 130.

<sup>174</sup> ERDOZAÍN LÓPEZ, J. Carlos, La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia. *Aranzadi civil: revista quincenal*, 1997, nº 2, Pp. 79 a 98.

Para COLAS ESCANDÓN<sup>175</sup> la atribución del uso de la vivienda en las hipótesis de crisis matrimonial es una modalidad de satisfacción del derecho de pensión de alimentos a los hijos o compensatoria al ex cónyuge. Obviamente, siguiendo con la tesis aquí propuesta, en el momento en que finalice de acuerdo con la Ley el derecho de los hijos a percibir alimentos, o el del cónyuge a una pensión compensatoria, sucederá lo propio con el derecho a usar la vivienda familiar, debiendo restituirse la posesión y goce de la misma al cónyuge titular del contrato de arrendamiento.

MORALEJO IMBERNÓN<sup>176</sup>, ya bajo la vigencia del TRRLAU, sintetizaba las dos posturas dentro de la doctrina y la jurisprudencia. De un lado, la de quienes entendían que la adjudicación de la vivienda en favor del cónyuge que no ostentaba la titularidad arrendaticia constituía un supuesto de cesión contractual, que hacía imprescindible el cumplimiento de los requisitos de los arts. 24 y ss. LAU del 64, so pena de incurrir en una causa de resolución (art. 114.5 LAU del 64). Y por otro, la de quienes sostenían que no existía tal cesión por no tener el cónyuge no firmante la condición de tercero respecto de la relación arrendaticia, bien porque se estimaba que el arrendamiento de un inmueble para vivienda familiar se entendía en todo caso concertado «en interés o representación de la familia», bien porque se consideraba que dicha titularidad arrendaticia tenía un carácter ganancial.

En opinión de LOSCERTALES FUERTES<sup>177</sup> en este supuesto se produce una novación subjetiva en la titularidad del contrato arrendaticio, por decisión judicial que adjudica la vivienda en favor del ex cónyuge.

Finalmente, se plantea que ocurriría cuando por decisión judicial o por acuerdo el cónyuge adjudicatario-subrogado en el arrendamiento tuviera que dejar de hacer uso de la vivienda. Al respecto, comparto la opinión de VENDRELL FERRER<sup>178</sup>, quien sostiene que se volvería a aplicar lo dispuesto en el art. 15.1 LAU y se produciría una nueva subrogación, en favor ahora del primitivo titular del contrato de arrendamiento, pues entiende que la tesis de la subrogación es la que mejor protege los intereses familiares, al establecer una coincidencia total entre la titularidad del derecho y el uso de la vivienda y resuelve problemas como el pago de la renta, legitimación en los procesos, prórroga del contrato, etc. Afirma además

---

<sup>175</sup> COLÁS ESCANDÓN, A. María. La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU. *Aranzadi civil: revista quincenal*, 2003, nº 2, Pp. 2.035 a 2.070.

<sup>176</sup> MORALEJO IMBERNÓN, N. Revista Xurídica Galega. "La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial" núm. 33, 4º trimestre, 2001, pág. 112.

<sup>177</sup> LOSCERTALES FUERTES, D. Los arrendamientos urbanos. Madrid, SEPIN, 1995, Pp. 237 y 238.

<sup>178</sup> VENDRELL FERRER, E. Revista Jurídica de Cataluña. «La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986» Año LXXXVI, núm. 4, 1987, Pp. 1002 y 1003.

que en los supuestos de vivienda en propiedad es perfectamente posible disociar la titularidad dominical de los derechos de uso y disfrute de la cosa, posibilidad inviable en el arrendamiento puesto que lo que éste confiere al arrendatario es precisamente el goce o uso de la cosa por un tiempo, de tal modo que difícilmente puede ser arrendatario quien no usa la vivienda.

#### IV. LA ANTIGUA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SUBARRIENDOS Y CESIONES

Como con tanto acierto destaca el Prof. CASTÁN TOBEÑAS, la antigua doctrina del Tribunal Supremo<sup>179</sup>, sentaba lo siguiente:

“a) Los Códigos modernos y la jurisprudencia responden unánimemente a la exigencia de crear los nuevos contratos que las mayores necesidades modernas demandan, así como a la de ramificar y dar flexibilidad a los antiguos, y entre éstos puede decirse que no hay ninguno tan discutido, tan modificado en la época actual como el contrato de arrendamiento, y así vemos que un contrato y como tal de naturaleza personal consensual en el Derecho romano, donde todo era formulismo, en la época actual se va convirtiendo en real con la inscripción arrendaticia, en unos países con carácter voluntario, en otros con carácter forzoso [...]; y de aquí también las figuras de los subarriendos, de las cesiones, de los traspasos, que han de merecer consideración especial del juzgador para defender los derechos de los contratantes y de los terceros.

b) Conforme a las anteriores doctrinas, los códigos no entienden que el derecho de goce y uso del contrato de arrendamiento se considere como inherente a la persona del arrendatario e inseparable de él por su propia naturaleza, y de aquí el que pueda traspasarlo a otra tercera persona, lo cual se puede llevar a cabo por dos medios, por el subarriendo y por la cesión, que no es posible confundir, porque el subarriendo implica un nuevo contrato de arrendamiento y las relaciones que este acto jurídico integran son las propias del contrato de arrendamiento, mientras que la cesión significa el traspaso que hace de sus derechos y obligaciones a un tercero con todas las acciones que le son anejas en los distintos casos y momentos de su ejercicio. Y de aquí que se haya dicho que la cesión del arrendamiento es un derecho de simple tracto, mientras que el subarriendo es un derecho de tracto sucesivo.

c) En la cesión, el cedente no goza por razón del precio de la cesión de la preferencia establecida en el número 7º del artículo 1.922 del C. c.; mientras que el

---

<sup>179</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927” Revista de Derecho Privado, XV, 1928, págs.161-162.

cesionario no sólo no puede pretender que la cosa le sea entregada en buen estado, sino que está obligado a recibirla en el estado en que se encontraba en el momento de la cesión, y se elimina por completo la personalidad del arrendatario una vez que la adopte el arrendador en forma expresa o en forma tácita por los actos que éste ejecute; en cambio, en el subarriendo, el subarrendador goza por el precio del subarriendo de la preferencia establecida en el artículo antes citado y el subarrendatario puede exigir que la cosa le sea entregada en buen estado; no desapareciendo personalidad alguna, hay dos arriendos y dos relaciones jurídicas diferentes, aunque íntimamente ligadas y relacionadas la una con la otra.

d) Conforme a estas doctrinas jurídicas, el Tribunal tiene que resolver la naturaleza de los contratos, atento, más que nada, a los actos posteriores del arrendador.

e) El Tribunal sentenciador interpretó erróneamente el contrato de autos al no reconocer su naturaleza de cesión de arrendamiento, acreditada por estas circunstancias: 1º el objeto de la cesión; 2º fijarse un precio único por la cesión o el traspaso, independiente de todos los demás derechos y obligaciones; 3º ordenarse que el cesionario cumpla directamente todas las obligaciones con la entidad propietaria; 4º renunciar el arrendatario a todos sus derechos con dicha entidad; y 5º eliminarse éste último voluntariamente del contrato cediendo toda las obligaciones y todas los derechos al cesionario.

f) El citado contrato de cesión de arrendamiento si se hubiese opuesto al mismo, porque la sola notificación, que es el único requisito que exige el Código civil, lo hubiera tenido que interpretar el tribunal en sentido restrictivo cuando se trata de una cesión de arrendamiento, para evitar confabulaciones entre arrendatarios y subarrendatarios, pero en el caso de autos la entidad propietaria aprobó la cesión expresa y tácitamente, como lo demuestra: 1º el que aceptó la notificación hecha por el cesionario; 2º el haber hecho reconocer la legitimidad de la firma del cedente; 3º haber aceptado la subrogación del cesionario; y 4º haber admitido de éste la fianza que el arrendatario debía entregar, según una de las estipulaciones del contrato.

Acostumbrados como estamos a que la jurisprudencia siga tantas veces en sus argumentaciones la vía del menor esfuerzo doctrinal y técnico, no hemos de regatear nuestro aplauso a este fallo que intenta hacerse intérprete de las orientaciones modernas en orden al derecho de la contratación, y que aborda con valentía el difícil problema de la distinción entre el subarriendo y cesión de arrendamiento, sobre el cual se han emitido opiniones tan diversas y contradictorias, dentro y fuera de España. Claro es que, como sucede con harta frecuencia en las controversias jurídicas, la divergencia es, en gran parte, más aparente que real. Los autores que tanto discuten la posibilidad o no posibilidad de la cesión del arrendamiento en aquellas legislaciones, como la nuestra, que sólo regulan expresamente el subarriendo, debían empezar por ponerse de acuerdo acerca de lo que deba entenderse por cesión de aquel derecho. Y así se da el caso de que estemos conformes con las conclusiones prácticas a que llega el Supremo en

la presente sentencia, y, sin embargo, no podamos aceptar las premisas de que parte, explícita o implícitamente.

La posición de nuestro primer Tribunal creemos que puede ser concreta en estas tres afirmaciones: 1ª Que es admisible la cesión del arrendamiento. 2ª Que esa cesión puede no ser obligatoria para el propietario si se opone a la misma. 3ª Que, por el contrario, le será obligatoria cuando de los actos de dicho propietario pueda deducirse que ha aprobado o convalidado la cesión. Las dos últimas proposiciones no parecen indudables.

El arrendamiento es un contrato bilateral, que impone al arrendatario no solo derechos, sino también obligaciones, y, en consecuencia, no ha de poder el arrendatario desligarse de esas obligaciones sin el consentimiento del arrendador. Pero si esto es así, ¿puede hablarse de verdadera cesión de arrendamiento? Esta, en realidad, no cabe más que bajo la forma de novación, y la novación no es una cesión propia”.

La vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos<sup>180</sup>, se refiere a la cesión del contrato y subarriendo en los artículos 8 y 27.2 apartado c), como causa de incumplimiento de obligaciones cuando son inconscientes, ambos incluidos en el Título II sobre los arrendamientos de vivienda.

Por su parte, el Título III de la Ley, sobre los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, recoge en el artículo 32 la cesión del contrato y subarriendo, expresando que tanto la cesión como el subarriendo deberán notificarse de forma fehaciente al arrendador.

En este sentido, la profesora MORENO-TORRES<sup>181</sup> aprecia que cesión y subarriendo de vivienda eran figuras extensa y complejamente reguladas en la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos del año 1964 (TRLAU), y que en la actualidad la doctrina las aborda, a su juicio, desde la óptica de la derogada normativa.

---

<sup>180</sup> En abreviatura LAU, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en su última actualización y redacción dada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE 5 junio), con vigencia desde el 6 junio de 2013.

<sup>181</sup> MORENO-TORRES HERRERA, Mª Luisa: “Cesión de contrato y subarriendo de vivienda”, RDP, 2001-2, 7, pág. 21.

V. ASPECTOS PROCESALES: COMODATO Y LEGITIMACIÓN PASIVA DEL SUBARRENDATARIO

Sabido es que el contrato de comodato está caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado, facultando al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, excepción hecha de los casos en que tuviere la urgente necesidad de ella, según el artículo 1.749 CC<sup>182</sup>.

En el caso de las viviendas solidarias<sup>183</sup> y que las entidades sociales alojen a varias personas, de acuerdo al tamaño de las viviendas, y no realicen con aquéllas contrato arrendaticio alguno, aunque suscriban algún pacto relativo a la atención o intervención social, entiendo que se pone de relieve un préstamo de uso, del cual las audiencias provinciales solían decir que “la atribución de uso capaz de impedir la situación de precario tan solo sería la de aquel que, por embeber una dimensión temporal, es capaz de servir para fijar una duración determinada del comodato. Si ello no es así, aunque se haya pactado un uso concreto, no se elude la consideración de precario que contempla el art. 1.750 CC”<sup>184</sup>.

Esta cuestión planteada fue ventilada por el Tribunal Supremo el 2 de octubre de 2008<sup>185</sup>, estimando un recurso de casación con trasfondo de crisis de pareja, en el que se fijó como doctrina jurisprudencial que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar, es la propia de un precarista. Y esta situación, debe añadirse, no se ve afectada por la atribución judicial a la demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble.

---

<sup>182</sup> Artículo 1.749

El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.

<sup>183</sup> De las que trato en el Capítulo Sexto.

<sup>184</sup> Vid. SAP de Zaragoza, Sec. 5ª, de 27 de febrero de 2006.

<sup>185</sup> Rec. 1.745/2003 y en el mismo sentido STS 30 de octubre de 2008, rec. 1.720/2004.

Como ya hemos dicho, el artículo 8 LAU establece para el arrendamiento de vivienda, que el inmueble solo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento por escrito de arrendador.

Siguiendo a IBARRA SÁNCHEZ<sup>186</sup>, en principio, el subarrendatario no es parte en el proceso y no hay obligación legal de demandarlo.

Ahora bien, puede ocurrir que el subarrendatario intente personarse en el procedimiento -parece claro que posee interés legítimo- pues la extinción del título del arrendatario supondrá inmediatamente la del suyo y la consecuencia de la conversión de su situación de subarrendatario a precario. Valga como solución, el art. 13<sup>187</sup> de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que regula la intervención voluntaria y mientras se encuentre pendiente un proceso, según el cual podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado en el pleito.

---

<sup>186</sup> IBARRA SÁNCHEZ, Juan Luis: "Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio: El juicio monitorio de desahucio por falta de pago introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal", 2013, La Ley, págs. 150-152.

<sup>187</sup> Artículo 13 Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados:

1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.

2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.

3. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones el Secretario judicial dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte.

Número 3 del artículo 13 redactado por el apartado uno del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial («B.O.E.» 4 noviembre). Vigencia: desde 4 mayo 2010.

SAMANES ARA<sup>188</sup> plantea el interrogante de si la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil está admitiendo únicamente la posibilidad de intervención cuando quien entra en el proceso es un sujeto cotitular del derecho o de la relación jurídica controvertida o por el contrario permite, además de dicha entrada, la de quien es titular de una relación jurídica distinta pero dependiente de la debatida en el proceso.

Sin embargo, y según el tenor literal del art. 13 ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se estima que resulta difícil negar al subarrendatario la personación en el proceso de desahucio, aunque la misma se produzca en calidad de coadyuvante, es decir, de intervención adhesiva simple, para apoyar la posición del inquilino que continuará siendo el único demandado.

Dentro de la intervención voluntaria, la doctrina diferencia dos tipos, la litisconsorcial y la simple. En la primera, el tercero es titular del derecho u obligación discutida en el proceso, pero su participación no es necesaria al existir una norma jurídica que excluye un litisconsorcio pasivo necesario, como en el caso de los deudores solidarios. En la segunda, el tercero es titular de un derecho distinto al discutido que depende en su existencia o contenido del debatido, de forma que interviene defendiendo un derecho ajeno. No parece que existan obstáculos para la inclusión en el art. 13 ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil de las dos modalidades de intervención adhesiva, siempre que se entienda que el interés directo y legítimo a que alude es equiparable al interés jurídico.

En resumen, de conformidad a lo estimado por IBARRA SÁNCHEZ<sup>189</sup> no cabe admitir la personación por esta vía del subarrendatario que no es parte en el contrato de alquiler. El subarrendatario no puede ostentar la condición de demandado y, en consecuencia, tampoco puede enervar la acción.

El Tribunal Supremo rechaza que se dé litisconsorcio pasivo necesario en los procesos sobre resolución o extinción de contratos de arrendamiento. Para el Alto Tribunal, el principio de contradicción procesal no significa que el subarrendatario tenga que ser oído en litigio sobre extinción del arrendamiento pues, aunque la sentencia firme de desalojo delimitada contra el arrendatario supone en su ejecución el lanzamiento de todo el que se halle en posesión material de la cosa arrendada por título que dimane del primitivo contrato, los derechos derivativos no han de tener mayor extensión que el correspondiente al derecho originario (...). Son relaciones diferentes y contratos distintos (...), no es contrario al principio de contradicción del art. 24 CE, el que una decisión judicial pueda tener efectos que representen en sujetos que no han participado en el proceso y que no han sido llamados a él y que no figuren como condenados en la sentencia. Tal ocurre en los

---

<sup>188</sup> SAMANES ARA, Carmen: Las partes en el proceso Civil, Madrid, 2000, pág. 134.

<sup>189</sup> Op. cit.



casos de contratos dependientes o derivados de una situación jurídica contractual de una parte, como son los distintos tipos de subcontratos y, muy en particular, los subarrendos.

Otros aspectos procesales de interés:

La atribución del uso de la vivienda familiar mediante sentencia de familia no produce novación subjetiva y el arrendatario permanece en la titularidad del contrato, esta es, como señala IBARRA SÁNCHEZ<sup>190</sup>, la tendencia que se ha convertido en mayoritaria.

Otra cuestión que dicho autor<sup>191</sup> plantea y que no es pacífica en la jurisprudencia, radica en determinar si el límite de la enervación fijado en el art. 22.4 ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil es aplicable de la siguiente forma: a) Subjetivamente respecto de la persona del arrendatario, *intuitu personae*. Tal argumento pierde sentido si lo que cambia es la persona del arrendador por lo que su modificación resultará a estos efectos irrelevante, no impidiendo que esta causa obstativa de la enervación pueda darse con normalidad; y b) Si es predicable solamente respecto de cada contrato, sea cual fuera la sucesión de arrendatarios que se subroguen *mortis causa* o por cesión consentida de contrato en virtud de lo previsto en los arts. 12 -desistimiento expreso o tácito del arrendatario- y 15 LAU -separación, divorcio o nulidad-, en definitiva, mediante novación subjetiva de la persona del arrendatario y, por tanto, es oponible a un arrendatario respecto del anterior que ya enervó la acción una vez. Como respuesta, y pese a la falta de consenso jurisprudencial<sup>192</sup>, me muestro partidario de esta segunda concepción objetiva del derecho a enervar, puesto que me parece más justa considerando tal derecho como de segunda oportunidad.

Siguiendo a IBARRA SÁNCHEZ<sup>193</sup>, la concepción del precario se ha restringido por la interpretación más o menos literal que cierta jurisprudencia hace del art. 250. 1. 2ª de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que pretende reducirlo a una cesión por mera liberalidad. Si bien en el caso que el título del ocupante fuere el arrendamiento y se hubiera extinguido no mediando declaración judicial, será procedente el desahucio por extinción del término. Cuando el arrendador presume que quien ocupa la vivienda no es el arrendatario, sino un tercero ajeno al contrato, sin que haya existido autorización por su parte para subarrendar o bien

---

<sup>190</sup> Op. cit., Pp. 14 a 147.

<sup>191</sup> Vid. IBARRA SÁNCHEZ, Op. cit., Pp. 585 a 586.

<sup>192</sup> SAP de Asturias, Sec. 4.ª, 9 de julio de 2002, contraria de la posibilidad de nueva enervación en un mismo contrato con nuevo arrendatario. La SAP de Alicante, Sec. 5.ª, 26 de octubre de 2006 se refiere, en cambio, a un mismo contrato con distinto arrendador y también deniega tal posibilidad. Sin embargo, a favor, se pronuncia la SAP de Baleares, Sec. 3.ª, 17 de diciembre de 2006.

<sup>193</sup> Op. cit., P. 1.000.

simplemente para la realización de una novación subjetiva en la condición de arrendatario, la ocupación de la vivienda por un tercero que ocupa en exclusiva la vivienda sin autorización del arrendador determina la existencia de una presunción legal de cesión, subarriendo o traspaso ilegal<sup>194</sup>. Y, una vez acreditada por el actor, la introducción de persona ajena, opera la presunción y conlleva la inversión de la carga de la prueba: es el arrendatario quien debe acreditar que ello obedece a una causa legítima.

Esta doctrina está consolidada y es irrelevante que la cesión haya sido onerosa o lucrativa. La prueba de que en la vivienda viven personas que no son arrendatarias y que no conviven con la inquilina es causa de resolución del contrato para el titular, encontrándose los ocupantes en precario. No obstante, es cierto que la anterior presunción legal de los mencionados actos jurídicos admite excepciones cuando se trata de parientes, obedeciendo esta presencia a razones de afectividad y gratuidad pero siempre y cuando continúe la ocupación de la inquilina, porque si ésta falta, se incurre en causa de resolución. Es habitual que los que han ocupado un inmueble sin autorización del poseedor legítimo o dueño no quieran identificarse. Esta circunstancia no debe ser óbice para la formulación de la demanda contra los ignorados ocupantes. Respecto a la postulación es preceptiva la representación a través de procurador de los tribunales y la intervención de abogado, conforme a los arts. 23 y 31 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

## VI. JURISPRUDENCIA SOBRE ARRENDAMIENTO, VIVIENDA, CESIÓN Y OTROS

### 1. JURISPRUDENCIA DEL TS

Las resoluciones del Tribunal Supremo, que en este apartado son reflejadas sin ánimo exhaustivo, las considero de máximo interés para el tema de la presente investigación.

---

<sup>194</sup> STS 6 de febrero de 1974.

A) VIVIENDA FAMILIAR

En la primera y más reciente sentencia<sup>195</sup> de las aquí reseñadas, el Tribunal Supremo fija los criterios para asignar el uso de la vivienda familiar en caso de que la guarda y custodia sea compartida.

“Fundamento de Derecho Tercero (...) El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso. Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014 , entre otras)”.

B) ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO. IMPROCEDENCIA DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMO TITULO HÁBIL PARA ACREDITAR EL DOMINIO

La sentencia<sup>196</sup> recoge que en este contexto, y entrando en la cuestión sustantiva que presenta el caso, esto es, en los presupuestos de aplicación de la acción

---

<sup>195</sup> St. del Pleno del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014, rec. 2.119/2013.

declarativa del dominio debe señalarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala (entre otras, STS de 19 de julio de 2012, núm. 467/2012 ), de cara a la demostración del mejor derecho, ha resaltado la preferencia de aquellos actos o negocios jurídicos que, en orden a la prueba material del dominio, impliquen o favorezcan un título hábil para su adquisición; extremo que, como reconocen ambas instancias, no se corresponde con la mera alegación de un contrato de arrendamiento de la parcela en cuestión, pues no constituye, por sí mismo, prueba de título apto para acreditar el dominio pretendido.

### C) ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA A LOS MENORES

En esta ocasión<sup>197</sup> “la Sala valora, como no podía ser de otra forma, los razonamientos de la sentencia, similares a los ya expuestos en otras ocasiones por esta misma Audiencia Provincial, como valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación. Pero lo que no comparte en absoluto, como ya ha tenido ocasión de señalar en reiteradas sentencias procedentes de la misma Audiencia, es que la jurisprudencia de esta Sala se refiera a casos concretos y particulares, como se argumenta.

*El art. 96 CC establece – STS 17 de octubre 2013 – que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.*

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al

---

<sup>196</sup> STS 11 de abril de 2014, rec. 365/2012.

<sup>197</sup> STS 3 de abril de 2014, rec. 1.719/2012.

tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011).

Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, *aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC.*

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”.

#### D) CESIÓN NO CONSENTIDA EN ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROTEGIDA. PAGAR MERCED NO SIEMPRE EXCLUYE EL PRECARIO

En este asunto<sup>198</sup>, el arrendatario en el año 2002 cede la vivienda a un tercero, sin consentimiento de la propiedad (EMVS) y sin que el arrendatario resida desde ese año en la misma, el ocupante, se empadrona en el piso y paga las rentas que se giraban a nombre del arrendatario. El alto Tribunal tiene que dirimir si se verifica la figura del precario, para después resolver el litigio de la cesión no consentida arrendaticia de vivienda protegida.

Al respecto dice que la Sala ha declarado, en las sentencias como las de 30 noviembre 1964, 21 noviembre 1967, 22 marzo y 8 mayo 1968 y 30 octubre 1986, que no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler<sup>199</sup>.

La sentencia de 29 de Junio del 2012 declaró como doctrina jurisprudencial que la posesión de un bien inmueble a título de arrendamiento exige la prueba por el

---

<sup>198</sup> STS 28 de febrero de 2013, rec. 1.487/2010.

<sup>199</sup> Cfr. STS 29 de junio de 2012, rec. 1.226/2009.

poseedor de que existe una renta como precio del arriendo, sin que el mismo pueda quedar justificado por la mera acreditación de que se han producido algunos pagos, cuando se ignora la finalidad y periodicidad de los mismos.

También se define el precario<sup>200</sup> como "una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho" y que "el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga ...".

A la vista de la precedente doctrina se ha de rechazar el motivo de casación pues la recurrente, dice el TS, carece de título que legitime la posesión, pues por tal no puede considerarse la cesión que se le hizo por el arrendatario, y que la misma parte reconoció en su recurso como ilegal.

En el mismo sentido, que el hecho de pagar merced no siempre excluye la condición de precarista si no se acredita que constituyen renta, se pronuncia la STS<sup>201</sup> que recoge además: en efecto, la situación arrendaticia no queda acreditada por el mero hecho de la ocupación o detentación posesoria, incluso consentida por el titular dominical, ya que tal situación de hecho puede responder a otras relaciones jurídicas o a la posesión precaria. Además, como la Sala ha declarado, en las sentencias de 30 noviembre 1964, 21 noviembre 1967, 22 marzo y 8 mayo 1968, y 30 octubre 1986, no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler.

#### E) ACCIÓN REIVINDICATORIA

Otro asunto<sup>202</sup> en el que se discute la propiedad y la posesión de mala fe de unas fincas, el TS afirma que siendo la acción reivindicatoria la que ejerce el propietario que tiene derecho a poseer frente al poseedor que no tiene tal derecho, para que le sea restituida la cosa, es evidente que lo primero -como primer presupuesto básico- que tiene que acreditar es su propio dominio y lo primero, como punto de

---

<sup>200</sup> Cfr. SSTS 30 de octubre 1986, 31 de enero 1995 y 6 de noviembre de 2008, rec. 2.653/2002.

<sup>201</sup> STS 29 de junio de 2012, rec. 1.226/2009.

<sup>202</sup> STS 11 de diciembre de 2012, rec. 2.158/2009.

partida, que tiene que declarar el órgano jurisdiccional es la titularidad del derecho de propiedad: es una acción declarativa de condena. Distinto es la acción declarativa de dominio que tiene por objeto simplemente la declaración del derecho de propiedad sobre una cosa: es una acción meramente declarativa<sup>203</sup>.

Por consiguiente, la acción reivindicatoria incluye en sí misma y por su propio concepto, la declaración de propiedad, como primero y básico presupuesto para su ejercicio; la acción declarativa de dominio es tal y así se considera cuando se ejercita en forma autónoma, como acción meramente declarativa. Y la acción reivindicatoria es una acción declarativa (del dominio) de condena (al poseedor) de restitución de la cosa que ha sido reivindicada.

### F) SUBROGACIÓN DEL ALQUILER DE VIVIENDA

En relación a la subrogación del alquiler de vivienda, que exige comunicación formal al arrendador en el plazo de tres meses desde la muerte del inquilino, la sentencia<sup>204</sup> (mencionada en diversas ocasiones en el presente trabajo) que crea doctrina<sup>205</sup> señala: se debe reiterar como doctrina jurisprudencial que en los arrendamientos de vivienda celebrados bajo la vigencia de la TRLAU, producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2ª LAU.

### G) OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA

La STS<sup>206</sup> resuelve un desahucio por precario, por no existir título que legitimase la ocupación de la vivienda protegida de la EMVS, ya que la adjudicación no estaba formalizada y, en consecuencia, el uso de la vivienda no era consentido. Así, se concluye que la acción ejercitada por la mercantil municipal era una acción de desahucio por precario, que sólo podía fracasar si la demandada acreditada tener un título que justificara la ocupación de la vivienda propiedad de la actora, cuya circunstancia no ha sido probada.

---

<sup>203</sup> Cfr. STS de 3 junio 2004 y 30 diciembre 2004.

<sup>204</sup> STS 30 de mayo de 2012, rec. 1.978/2008.

<sup>205</sup> Respecto de los arrendamientos de vivienda celebrados bajo la vigencia de Decreto núm. 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el fallecimiento del arrendatario y posterior subrogación, es de aplicación el artículo 16.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

<sup>206</sup> STS 27 de julio de 2011, rec. 1.858/2008.

## H) EL ARRENDAMIENTO NO ES BIEN GANANCIAL

El alto Tribunal ha reiterado la doctrina<sup>207</sup> que establece, que el arrendamiento contratado por uno de los dos cónyuges constante el matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la LAU, en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.

## I) COMODATO Y PRECARIO

Sobre la interacción entre las figuras jurídicas del comodato y el precario, el TS<sup>208</sup> reitera la doctrina según la cual, a pesar de la existencia inicial de comodato como título que legitima la ocupación gratuita de un inmueble, en la medida en la que existe un uso autorizado para un fin concreto, en consideración el carácter temporal y la duración limitada del comodato como características esenciales de dicha institución, cuando dicha ocupación se perpetúa o el cumplimiento del fin queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, debe entenderse concluido el comodato transformándose el título de ocupación en precario.

Para el TS<sup>209</sup> quien ocupa una vivienda cedida, sin contraprestación y sin fijación de plazo, por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal es un precarista, una vez rota la convivencia.

La cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado. Si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente

---

<sup>207</sup> Cfr. SSTS 22 de noviembre de 2010, rec. 2.195/2006 y 3 de abril de 2009, rec. 1.200/2004.

<sup>208</sup> STS 25 de febrero de 2010, rec. 2.541/2005.

<sup>209</sup> STS 30 de octubre de 2008, rec. 2.771/2004. En el mismo sentido, STS de 2 de octubre de 2008 fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión frecuente, consistente en la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda cedida a un hijo para su utilización como domicilio conyugal o familiar, cuyo uso y disfrute ha sido concedido a uno de los cónyuges, cuando se ha roto la convivencia marital o conyugal.



considerada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso<sup>210</sup>.

Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa -lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal-, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista<sup>211</sup>; y, en fin, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda<sup>212</sup>.

### J) PRÓRROGA FORZOSA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>213</sup>, según la cual, tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, se produjo la supresión del régimen de prórroga forzosa automático, que imponía el art. 57 del TRLAU de 24 de Diciembre de 1964, pero sin embargo, nada impide a las partes, en uso de su libertad contractual, que puedan establecer cláusulas o pactos que impliquen el voluntario sometimiento al referido sistema, pero en tal supuesto, es necesaria la existencia de un acuerdo expreso de acatamiento, pues en caso contrario, ha de estarse a la norma general, concerniente a la determinación de la duración del contrato por el tiempo convenido.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>214</sup> según la cual el sometimiento de los arrendamientos a prórroga forzosa debe ser claro y determinante.

---

<sup>210</sup> Cfr. SSTs 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008.

<sup>211</sup> Vid. Nota anterior.

<sup>212</sup> Cfr. STS 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008, antes reseñadas.

<sup>213</sup> Se recoge en las SSTs 26 de Abril de 2011, Secc. Primera, número 2.161/2011, en su Fundamento de Derecho Tercero y 12 de Noviembre de 2012, Secc. Primera, número 7.153/2012, en su Fundamento de Derecho Segundo.

<sup>214</sup> Cfr. SSTs 7 de Julio de 2010, Secc. Primera, número 3.519/2010; 7 de Abril de 2011, Secc. Primera, número 1.812/2011; 9 de Septiembre de 2009, Secc. Primera, número 5.443/2009; 8 de

K) NORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL CC

Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>215</sup> respecto a las normas de interpretación de los contratos contenidas en los arts. 1.281, 1.283, 1.285 y 1.288 CC.

La doctrina jurisprudencial relativa al art. 1.281 párrafo primero, del Código Civil, sobre interpretación literal del contrato, declara que "no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad" que "las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 ambas inclusive del Código Civil, constituyen un conjunto subordinado y complementario entre sí de las cuáles tiene rango preferencia y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281 de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas respecto de las que preconiza la interpretación literal", (...) "de modo que la aplicación del artículo 1.281 párrafo primero excluye la de las normas contenidas en los artículos siguientes".

La previsión contenida en el artículo 1.281 del Código Civil debe entenderse en el sentido de que, para investigar la intención de los contratantes en caso de discrepancias sobre lo que se quiso pactar es preciso tener en cuenta el principio *id quod plerumque accidit*, de acuerdo con el cual, cuando los términos del contrato son claros e inequívocos, lo realmente querido por los dos contratantes suele coincidir con lo que los dos declararon querer.

L) REGIMEN APLICABLE A LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>216</sup>, en relación a los arts. 1.255, 1.258 y 1.543 CC y art. 4 de la LAU.

Según el TS, pretendía la recurrente en casación una nueva interpretación del contrato para obtener, de este modo, una conclusión acorde con sus intereses, cuando es también doctrina reiterada de esa Sala que la interpretación de los contratos realizada por el tribunal de instancia, no puede ser revisada en casación, en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquélla en el

---

Abril de 2011, Secc. Primera, número 2.499/2011; 30 de Mayo de 2011, Secc. Primera, número 3.136/2011.

<sup>215</sup> Puesta de manifiesto en las sentencias de la Sala Primera del TS de 30 de septiembre de 2003 (Rec. 4.128/1997) y de 17 de mayo de 1997. Cfr. también SSTS 15 de Junio de 2011, Secc. Primera, número 3.622/2011; 9 de Junio de 2010, Secc. Primera, número 4.587/2010; 16 de Octubre de 2013, Secc. Primera, número 4.934/2013.

<sup>216</sup> Cfr. SSTS 8 de Abril de 2011, Secc. Primera, número 2.499/2011; 9 de Septiembre de 2009, Secc. Primera, número 5.443/2009;

ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario y, con ello, la infracción de la ley aplicada por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia de esa Sala, en referencia a contratos de arrendamiento regidos por el Código Civil, fuera por tanto de la especial regulación arrendaticia urbana en el tiempo en que la misma preveía la posibilidad de prórrogas forzosas, se ha manifestado en contra de la duración indefinida. El artículo 1.543 del CC define el arrendamiento de cosas como aquel contrato por el cual "una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto". Así el tiempo determinado -o, en su caso, determinable- por el que el propietario-arrendador cede el uso de la cosa, que le es propia, constituye un elemento esencial en todo arrendamiento. Se erige por la ley la "voluntad de las partes" como la determinante con carácter prioritario del contenido contractual y, en concreto de la duración del arrendamiento, teniendo en cuenta que el apartado 1 del artículo 4 LAU establece que los arrendamientos regulados en dicha Ley se someterán imperativamente, entre otras normas, a las comprendidas en su Título IV, dentro del cual (artículo 37) se prevé que la formalización escrita del contrato habrá de comprender, entre otros extremos, "la duración pactada".

Aun cuando se entendiera que, en los términos regulados por la LAU, la "duración pactada" podría ser indefinida, como en la práctica se ha admitido, dicha solución no puede ser acogida por vulnerar los preceptos de carácter general que disciplinan los contratos y, en concreto, el de arrendamiento: así el artículo 1.534 del Código Civil, que impone la fijación de un tiempo determinado para el arrendamiento, el 1.256 del mismo código, que impide que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda quedar al arbitrio de una de las partes contratantes y el 1.258 CC para el que los contratos perfeccionados por el consentimiento obligan a lo pactado y su desenvolvimiento, siempre que sea conforme a la buena fe, al uso y a la ley. En este sentido ha de afirmarse que una cosa es que el legislador pueda imponer, por razones de política legislativa, la prórroga forzosa para el arrendador, como efectivamente mantuvo para los arrendamientos urbanos desde el año 1920 hasta el año 1985, y otra muy distinta que las partes puedan hacerlo válidamente por la vía del artículo 4 de la LAU y el 1.255 del Código Civil, sin alterar por ello la propia esencia y naturaleza del contrato que de por sí ha de ser de duración determinada -o, al menos, determinable- y sin que deba aceptarse que una duración fijada de un año "prorrogable indefinidamente a voluntad del arrendatario" por años sucesivos, suponga realmente la fijación de una duración en la forma exigida por la ley.

La doctrina suele distinguir entre arrendamientos de duración indefinida, arrendamientos de duración determinable y arrendamientos sin plazo. En los primeros, como los que ahora constituyen objeto del litigio, las partes no sólo no han querido fijar verdaderamente la duración del contrato, sino que han previsto una relación locaticia que podría durar "para siempre" por la sola voluntad del arrendatario. Estos son los que verdaderamente plantean un problema de

duración no resuelto directamente por la ley. La validez de los segundos -de duración determinable- es generalmente admitida por la doctrina en tanto que tal duración quedará fijada en relación con determinados hechos previstos por las propias partes (por ejemplo: la vida del arrendatario, su residencia por razones laborales en determinado lugar etc.); mientras que la de los terceros -arrendamientos sin fijación de plazo- queda salvada por el propio Código Civil al establecer (artículo 1.581 ) que "si no se hubiere fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario".

#### M) TÁCITA RECONDUCCIÓN

Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>217</sup> sobre la tácita reconducción, arts. 1.566 y 1.581 CC.

Doctrina casacional según la que la Disposición Transitoria primera de la LAU se ha de entender de manera que, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, los contratos de arrendamiento de vivienda concertados a partir de 9 de mayo de 1985, se encuentran sometidos a una tácita reconducción de tres años, tras lo cual le es de aplicación lo establecido en los arts. 1.566 y 1.581 del CC.

Así por ejemplo, la expresión "indefinido" que se utiliza en el contrato litigioso, referida a la duración del arrendamiento celebrado el 1 de agosto de 1987, significa que el mismo no está sometido a duración determinada, pero sí determinable. Valora que de los hechos ocurridos durante la vigencia del contrato no se puede concluir que la voluntad de las partes fuera la de someterse al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 TRLAU. En definitiva, transcurrido el plazo de tácita reconducción de tres años conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LAU, y del artículo 10 LAU, resulta de aplicación los artículos 1.543 y 1.581 CC por lo que procede dar lugar al desahucio por expiración del plazo.

#### N) CESIÓN ILEGAL ARRENDATICIA

Por último, la STS<sup>218</sup> más antigua que utilizo, considera que no existe cesión ilegal en el caso de autos, por no suponer introducir a un tercio en la relación

---

<sup>217</sup> Cfr. SSTS 5 de Diciembre de 2013, Secc. Primera, número 5.815/2013; 16 de Abril de 2013, Secc. Primera, número 2.166/2013; 22 de Noviembre de 2010, Secc. Primera, número 6.687/2010.

<sup>218</sup> STS 17 de febrero de 1995, rec. 2.506/1991.

arrendaticia. Menciona la doctrina<sup>219</sup> que afirma, que la Ley fuera de las causas en que expresamente lo establece, no consiente que un inmueble arrendado, por una persona individual o jurídica sea ocupado por otra, llámese tal ocupación cesión, traspaso o subarriendo, pues toda modificación en la posesión introduciendo a terceros en la relación arrendaticia, sin el consentimiento del arrendador da lugar a una causa de resolución contractual.

### 2. JURISPRUDENCIA MENOR (ASUNTOS DE LA EMVS)

Las resoluciones de distintos órganos judiciales que en este apartado son brevemente reseñadas, son sólo una pequeña muestra que, no obstante, considero representativa del tema de la presente investigación.

#### A) SOBRE LA NORMATIVA APLICABLE A UN ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROTEGIDA

Pleito<sup>220</sup> de la EMVS, por extinción del término de un contrato de arrendamiento de vivienda protegida de fecha 23 de junio de 2003, que según su estipulación tercera, la duración del mismo será la establecida en el Decreto 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión, en arrendamiento, de las viviendas de Protección Pública. Con cita de otra sentencia de apelación<sup>221</sup>, sobre la legislación aplicable al arrendamiento de vivienda de protección oficial, recoge: "Tercero.- Si bien es cierto que tanto en la demanda como en la sentencia apelada se resuelve el contrato con aplicación exclusiva de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, no se puede desconocer que la vivienda sobre la que se pretende resolver el contrato, sita en Madrid, es una vivienda de protección oficial, y por lo tanto el régimen jurídico de dichas viviendas es el recogido en el Real-Decreto 2960/1976 de 12 de noviembre, que remite como causa de resolución del contrato de arrendamiento de las viviendas de protección oficial a las mismas causas que en la legislación común y además por la carencia de título para la ocupación de la vivienda, e igualmente se recogen estas mismas causas en el artículo 138 del Decreto 2114/1968, de 24 julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial".

---

<sup>219</sup> Cfr. STS 12 de mayo de 1994.

<sup>220</sup> Resuelto por la St. 26 de enero de 2015, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Undécima.

<sup>221</sup> St. 31 de enero de 2014, Audiencia Provincial Madrid, Secc. Novena.

Por consiguiente, se indica que tanto el Decreto 2.114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, en su artículo 138, como el Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, en su artículo 30, prevé la resolución de los contratos de arrendamiento, por las mismas causas y con arreglo a los procedimientos establecidos en la legislación común, invocando la apelante la aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos en concreto en su artículo 10.

Finalmente, menciona, a su vez, la sentencia de esa Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Decimoctava, de fecha trece de febrero de 2006, cuando dice que *la EMV no es un particular sino una entidad pública que tiene como una de sus finalidades el facilitar vivienda a personas necesitadas; pero es cierto también que esa facilitación lo es mediante un procedimiento reglado y que si necesitado se considera el demandado también existen desgraciadamente muchas otras personas que también lo están y que tienen derecho a solicitar vivienda, alegar sus circunstancias, presentar los documentos correspondientes y optar por la concesión de una de ellas por medio de una declaración o concesión administrativa, y no mediante el simple hecho de ocuparla sin más en detrimento de otras personas con igualo mayor necesidad que el demandado.*

## B) SOBRE EL IUS POSSIDENDI Y EL IUS POSSESSIONIS

De otra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>222</sup> sobre un pleito de la mercantil local, se colige que la acción de recuperación de posesión de un inmueble cedido en precario permite resolver todas las cuestiones posesorias que se susciten, pues no se trata de una acción de carácter sumario o de conocimiento limitado, sino que es un juicio declarativo con plenitud de conocimiento y garantías, y no se encuentra incluido entre los que enuncia el art. 447 LEC como carentes del "efecto de la cosa juzgada". Así mismo, evoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de julio de 2011 que dice "en relación con el objeto de protección interdictal, es doctrina comúnmente admitida la que, partiendo de la distinción entre el *ius possidendi*, entendido como facultad que integra el contenido del derecho de dominio y otros derechos reales, y el *ius possessionis*, entendido como un poder independiente de cualquier clase de titularidad o derecho que pudiera existir sobre la cosa a la que afecta esa situación de poder, limita la protección interdictal a la situación de hecho consistente en la ostentación externa por parte de una persona del ejercicio de un poder o cualidad con apariencia de jurídicos, considerándose poseedor a quien se está de hecho comportando con respecto de una cosa como titular de un derecho sobre la misma,

---

<sup>222</sup> Cfr. St. 28 de junio de 2013, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Decimocuarta.

aunque en realidad no lo sea, lo cual significa que para ser considerado poseedor se requiere (Lacruz): a) un elemento material consistente en la relación física con la cosa y b) un elemento espiritual, integrado por la creación de una apariencia, que es el aspecto externo de la posesión. Por eso, el antiguo artículo 1.656 LEC de 1881 limitaba la proposición de prueba en el interdicto a los dos extremos del art. 1.652, y entre ellos hallarse el reclamante en la posesión o en la tenencia de la cosa (...).”

“Por tanto, así como en el precario se reconoce legitimación activa a quien tiene el *ius possidendi*, aunque no tenga al mismo tiempo el *ius possessionis*, como poder de hecho sobre la cosa (...), por el contrario en la acción interdictal de retener o de recobrar únicamente se reconoce legitimación activa a quien se encuentra en el disfrute de la cosa, entendido el disfrute como la acción de gozar de las utilidades de la cosa, pretendiéndose con el interdicto la rápida protección del demandante para la continuación del actor en el goce pacífico de la cosa como situación de hecho en la que el interdictante ha sido perturbado, o de la que ha sido despojado”.

### C) SOBRE USURPACIÓN DE UNA VIVIENDA “CEDIDA” POR UN VECINO

En un Auto<sup>223</sup> la Audiencia Provincial confirma la causa por usurpación de una vivienda social de la EMVS que le fue cedida a la ocupante por un vecino, sin que éste tuviera título alguno sobre la misma. Manifestaba la ocupante su situación de precariedad y su voluntad de hacer frente a un alquiler, interesando así la adjudicación de la vivienda. La Audiencia valida el Auto del Juzgado de instrucción a resultas de la correspondiente denuncia de la mercantil local, pues “la solidez indicios que sustentan la imputación es evidente, pues, efectivamente la recurrente reconoció que llevó a cabo la ocupación de una vivienda propiedad de la empresa pública municipal, que no le había sido adjudicada a ella, constando en las actuaciones que lo había sido a otras personas, por lo que no puede sostenerse la pretensión de sobreseimiento”.

### D) SOBRE EL CONCEPTO RESTRINGIDO DE PRECARIO

En esta ocasión<sup>224</sup> la Audiencia se posiciona a favor del concepto restringido de precario y nos ilustra con interesantes reflexiones, que comparto plenamente a pesar de desestimar el recurso de la mercantil local, sin condena en costas, habida cuenta que promovió un juicio verbal del art. 250. 1. 2º LEC, pero no se trataba de una posesión concedida sino de una mera posesión sin título (lo que se conoce

---

<sup>223</sup> Cfr. Auto 18 de febrero de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, Penal, Secc. Decimoquinta.

<sup>224</sup> Cfr. St. 5 de febrero de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Vigésimoprimera.

como “ocupas”). “El comodato (de *commodum*, provecho) es un contrato real que se perfecciona por la entrega de una cosa no fungible que una de las partes contratantes, el comodante, hace a la otra parte contratante, el comodatario, cediéndole gratuitamente su uso durante cierto tiempo, transcurrido el cual debe el comodatario restituir la cosa que le fue entregada (artículo 1.740 del Código Civil). Una de las características esenciales del contrato de comodato, junto a la gratuidad, es la duración temporal, la cual puede encontrarse expresamente estipulada por los contratantes (fijándose un plazo de duración), y, de no ser así, es decir en ausencia de pacto de duración, la restitución habrá de hacerse cuando concluya el uso para el que se entregó la cosa, debiendo estarse al uso que las partes hubieran pactado, y, en su defecto, al que resulta determinado por la costumbre de la tierra (artículos 1.749 y 1.750 Código Civil).

Dentro de la regulación jurídica del comodato, en el artículo 1.750 del Código Civil, se prevé el supuesto de la entrega de una cosa no fungible con cesión gratuita de su uso cuando no se hubiere pactado la duración del contrato ni el uso a que hubiere de destinarse la cosa prestada y no resulta éste determinado por la costumbre de la tierra, en cuyo caso “puede el comodante reclamarla -la cosa entregada- a su voluntad” (es decir cuando le venga en gana). Y, esta situación jurídica, se conoce con el nombre de “precario”. Se trata del concepto estricto o restringido, que tiene su origen en lo que en Derecho romano, se denominaba precario (de “preces”, ruego, imprecación) para referirse al contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa con la facultad de revocársela a su arbitrio. Ulpiano lo definía así: *Precarium est quod precibus petendi utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur* (Digesto, lib. XLIII, título XXVI, fragmento 1º, primero). En Roma era el precario un contrato innominado, distinto esencialmente del comodato, pero, posteriormente en los Códigos modernos, se incluyó y refundió en el comodato.

En nuestro ordenamiento jurídico bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, junto al concepto estricto o restringido de precario del artículo 1.750 del Código civil de 1889 coexistía un concepto amplio que nos proporcionaba la ley procesal, dentro de la regulación del juicio de desahucio, en el número 3º de 1º artículo 1.565, al decir que “procederá el desahucio contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced”. Concepto amplio de precario, no exento de antecedentes romanos, en el que tenían cobijo, además de la situación propia y genuina de la cesión en precario del concepto estricto y restringido, otras situaciones distintas, como son las de posesión tolerada y las de posesión sin título, bien por carecer completamente de título para poseer o bien porque el título hubiera perdido su eficacia con posterioridad. En definitiva, el concepto amplio de precario se extendía a toda persona que poseyere una finca sin derecho para ello y sin pagar renta o merced. Y así se vino proclamando en numerosas sentencias de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo. Pero conviene no olvidar que esta doctrina jurisprudencial tiene su único y exclusivo apoyo en la dicción literal del número 3 del artículo 1.565 de la Ley ritual de 1881 que introduce, en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto amplio de precario.



A la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil quedó derogado y sin contenido el número 3º del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y subsistente el artículo 1.750 del Código Civil. La derogación del número 3º del artículo 1.565 de la vieja ley procesal deja vacía del contenido la doctrina jurisprudencial basada en el mismo (aunque en algunas de las sentencias integradoras de esta doctrina no se citara el precepto legal que le sirve de fundamento). Y en el número 2º del apartado 1 del artículo 250 de la nueva ley ritual se dice que: “Se decidirán en juicio verbal las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”. La dicción legal en la nueva y en la vieja ley procesal es distinta, pues mientras, en la nueva, sólo se permite la recuperación de la posesión, por este cauce procedimental, respecto de “fincas cedidas en precario”, en la vieja ley se permitía la recuperación de la posesión, por el juicio de desahucio, respecto de “fincas disfrutadas o tenidas en precario sin pagar merced”. De tal manera que, en la nueva ley ritual, desaparece el concepto amplio de precario (posesión concedida, tolerada y sin título por ausencia originaria o sobrevenida) acogiéndose el concepto estricto o restringido del artículo 1.750 del Código Civil (posesión concedida). Así se desprende de la comparación entre lo que se decía en el número 3º del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y lo que ahora se dice en el número 2º del apartado 1 del artículo 250 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siempre que tengamos en cuenta, para hacer la comparación, los dos conceptos de precario existentes, el estricto o restringido y el amplio.

Por lo demás, ni que decir tiene que, el dueño de una finca no cedida en precario, dispone de un cauce procesal para recuperar su plena posesión en las situaciones de posesión tolerada o sin título por ausencia originaria o sobrevenida, pero, ese cauce procesal, no es el previsto en el número 2º del apartado 1 del artículo 250 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El dato de que, en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, nada se diga de llevar a cabo un cambio del concepto de precario respecto a la legislación procesal precedente, cuando si se hacen referencias a modificaciones introducidas en el viejo juicio de desahucio, es intrascendente, dado que, la Exposición de Motivos de una Ley, carece de valor normativo, ni puede utilizarse como criterio hermenéutico, que aquello que se desprende del texto legal normativo no pueda ser tenido en cuenta si no figura recogido en la Exposición de Motivos.

El criterio interpretativo que se mantiene en esta sentencia (concepto estricto o restringido de precario a los efectos del número 2 del apartado 1 del artículo 250 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil) ha sido el sostenido en las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2002, 750/2002 de 5 de diciembre de 2002 (Sección 3ª), 23 de julio de 2004 y 1 de febrero de 2006; de la Audiencia Provincial de Almería de 3 de septiembre de 2003; de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de junio de 2004 y

11 de abril de 2005 (Sección 6ª); de la Audiencia Provincial de Huesca de 10 de enero de 2005 (Sección 1ª); de la Audiencia Provincial de Badajoz de 18 de febrero de 2004 (Sección 2ª); y, dentro de esta Audiencia provincial de Madrid, las sentencias de la Sección 12ª de 22 de noviembre de 2005 y 4 de abril de 2007 y de la Sección 20ª de 22 de noviembre de 2006 y de 23 de mayo de 2007”.

**E) CESIÓN ILEGAL DE LA VIVIENDA PROTEGIDA ARRENDADA, PROCEDE EL DESAHUCIO POR PRECARIO DE LOS OCUPANTES**

La Audiencia señala en el concreto supuesto<sup>225</sup> que nos ocupa, *no discutiéndose que los ahora apelantes ocupan la vivienda propiedad de la EMVS, lo cierto es que de la prueba practicada y obrante en las actuaciones, no ha quedado acreditado que los ocupantes paguen renta o merced por tal ocupación, bastando al efecto con observar los documentos aportados por los mismos en el acto del juicio celebrado en instancia que no son sino una serie de recibos de la comunidad, habiendo reconocido expresamente la ocupante al contestar a las preguntas que se le formularon que no abonaban renta alguna por la ocupación de la vivienda litigiosa, no pudiendo desde luego admitir esta Sala que los mismos se hayan subrogado por cesión en los derechos y obligaciones que correspondían al arrendatario de tal inmueble en virtud del contrato de arrendamiento de fecha 11 de Mayo de 1994, unido al folio 100 de las actuaciones, y ello por cuanto que al margen de que conforme a lo expresamente pactado en tal contrato en su cláusula decimoséptima apartado c) el inquilino en virtud de tal contrato se obligaba a “no ceder, subrogar, traspasar o subarrendar total o parcialmente la vivienda objeto de este contrato, así como destinarla total o parcialmente a hospedaje”, tampoco tal cesión se habría realizado conforme a las normas contenidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente a la fecha que se indica, reiterando que, en todo caso nunca los demandados-apelantes han pagado cantidad alguna en concepto de renta.*

**F) NULIDAD DE PLENO DERECHO DE CESIÓN NO CONSENTIDA POR LOS ARRENDATARIOS PRIMIGENIOS, FALLECIDOS, POR LO QUEDA RESUELTO EL CONTRATO**

Recoge la Audiencia<sup>226</sup> que resuelve la doctrina que el arrendamiento urbano se caracteriza por la cesión de una finca urbana por tiempo determinado y precio cierto y se desenvuelve entre las personas que como arrendador y arrendatario celebraron el contrato, añadiendo que la ocupación de la vivienda debe fundarse en un título que, ya sea de carácter legal o contractual, justifique tal ocupación para

---

<sup>225</sup> Cfr. St. 10 de octubre de 2012, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Vigésimoprimer.

<sup>226</sup> Cfr. St. 23 de julio de 2012, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Octava.

quedar legitimada cualquier alteración que de los elementos personales del contrato. De ello se desprende que cuando la cosa arrendada se haya ocupada por una persona distinta a la que suscribió el contrato como arrendataria, supone la resolución del mismo. La jurisprudencia ha señalado que la demostración de la existencia de la cesión o subarriendo inconsentido no exige prueba directa de todos los requisitos que lo integra, destacando la dificultad de probar ambas situaciones, concluyendo que hay que admitir como la más adecuada para la demostración de tal relación jurídica la prueba de presunciones, bastando la ocupación de lo arrendado por una persona extraña al contrato para deducir la existencia de un subarriendo con todos los elementos que lo constituyen. En definitiva, la introducción de un tercero en la relación arrendaticia sin título que lo justifique es causa bastante para presumir y tener prueba de la existencia de un subarriendo o cesión, y con ello poder solicitar la resolución del contrato.

### G) COMPETENCIA CIVIL O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: VENTA PROMOCIÓN DE VIVIENDAS PROTEGIDAS

En instancia se declara la falta de competencia de la jurisdicción civil<sup>227</sup> y la remisión a la jurisdicción contenciosa, porque en la demanda se plantea la acción de nulidad y no incorporación de condiciones generales junto con una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las condiciones ofertadas para la adjudicación de unas viviendas de protección pública en relación con el otorgamiento de una opción de compra.

La resolución establece: a la vista del contenido de las pretensiones (que aquí solo podemos enjuiciar de una forma superficial y a los solos efectos de la competencia), es evidente que la última pretensión constituye una *demanda de responsabilidad patrimonial* contra la Administración Municipal, en la figura de la Empresa Municipal de la Vivienda y del Suelo y que la primera pretensión, la de  *nulidad de la cláusula contractual tercera*, tiene que ver con el proceso de formación del contrato de arrendamiento, ya que éste deviene del proceso administrativo previo a través del cual los demandantes se convirtieron en adjudicatarios de la viviendas en calidad de arrendatarios.

Se constata, por tanto, que se trata de un contrato de arrendamiento regulado por una normativa administrativa, que supone la sumisión a un proceso previo en el que los futuros adjudicatarios de la viviendas de protección (sea en régimen de venta sea en régimen de alquiler) tienen que acreditar que concurren en ellos determinados requisitos. Y una vez superado ese proceso de adjudicación, el contrato se ha de atener en su contenido a las bases o criterios establecidos en esa normativa. Lo que se pretende discutir en la demanda no es el desarrollo del

---

<sup>227</sup> Cfr. Auto 29 de marzo de 2012, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Undécima civil, rec. 2/2012.

contrato de arrendamiento suscrito, sino la "formación" misma del contrato, ya que lo que los demandantes pretenden es que se sustituya la cláusula tercera (que no contempla la opción de compra obligatoria) por otra cláusula que recoja el derecho de opción de compra a disposición exclusiva de ellos. Una formación contractual en la que la empresa municipal no actúa en un ámbito de libertad contractual civil sino que lo hace sometida a la normativa aprobada por la Corporación Municipal.

Es evidente que se trata de una normativa administrativa, cuyo control de cumplimiento no corresponde al orden jurisdiccional civil. Y, dependerá del resultado de ese control, el que se pueda atribuir o no a la Administración Municipal una responsabilidad patrimonial traducida a una indemnización económica por la posible frustración de una expectativa contractual reglamentariamente prevista, si así lo fuera.

Esas competencias son propias de la jurisdicción contencioso-administrativa como establece el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### H) DESAHUCIO POR PRECARIO, QUIEN FACILITA LA OCUPACIÓN A UN TERCERO

La siguiente sentencia<sup>228</sup> responde a una picaresca habitual de los precarios cuando saben que serán desahuciados que es facilitar la vivienda a un tercero para que éste la ocupe en el momento del lanzamiento, con la espuria intención de evitarlo.

Expone la Audiencia que la parte actora Empresa Municipal de la Vivienda presentó un escrito desistiendo de la demanda contra la precaria, solicitando que se tuviera por dirigida la demanda contra la apelante, lo que se acordó por decreto de 22 de noviembre de 2010, procediendo a la citación para el acto del juicio a la parte apelante, la cual reconoce que se le entregó la demanda y la copia de dicho decreto, habiendo comparecido en el acto del juicio asistida de letrado, haciendo en dicho acto las alegaciones que estimó oportunas.

De lo expuesto ha de concluirse que, ni se infringió el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni ningún otro precepto, ni tampoco ha existido ningún tipo de indefensión de la parte ahora apelante.

Sin que las alegaciones que se hacen en el escrito de apelación de que no se ha formulado requerimiento de pago alguno a la parte apelante por parte de la propietaria de la vivienda tengan ninguna virtualidad, puesto que no se entiende

---

<sup>228</sup> Cfr. St. 1 de marzo de 2012, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Novena, rec. 562/2011.

qué requerimiento de pago, y qué cantidades se le deben reclamar, cuando la misma reconoció estar en precario y no tener título alguno para ocupar la vivienda.

I) PRECARIO QUE INVOCA EL ART. 47 CE, JUSTIFICANDO SU OCUPACIÓN FRENTE A LA EMVS

Esta concienzuda sentencia<sup>229</sup>, citada en otras partes del presente trabajo, sucintamente podemos decir que trata el concepto de precario, antes y después de la LEC, que se ventila ahora en un proceso plenario que finaliza con sentencia con efectos de cosa juzgada. Además, trata el alcance del art. 47CE, como principio rector de política social y económica que es, pero sin que tenga una aplicación directa e inmediata. Añade que no debe hacer de mejor condición a quien ocupa por la vía de hecho una vivienda de protección pública, frente a aquellos que acuden al procedimiento de adjudicación establecido por las normas administrativas.

J) OCUPANTE QUE CEDE A UN TERCERO LA VIVIENDA, PRETENDIDO COMODATO PARA EVITAR EL DESAHUCIO.

Esta resolución<sup>230</sup> expresa que la pretendida indefensión que se denuncia no existe, pues nada le ha impedido a la apelante aportar dichos documentos en esta alzada, sin que de otra parte, de los mismos se extraiga que la situación de la parte no sea la de precarista dado que ningún título aporta de uso de la vivienda ni justifica el pago de renta alguna.

No explica el título de propiedad o legítima posesión que pretende ostentar para entender que la demandante debiera haber instado una acción reivindicatoria, sobre la base exclusivamente de que la vivienda le fue cedida por el anterior poseedor, constando documentada la propiedad de quien demanda.

Baste la cita de la STS 25-2-2010, en la que de manera clara y terminante se da respuesta a esta cuestión. Viene en esencia a mantener, que "No obstante la presencia inicial de un título habilitante de la ocupación gratuita, como es el comodato, e, incluso, con la existencia del uso autorizado para un fin concreto, esta Sala, con base en el carácter temporal y la duración limitada del mentado contrato, como sus características esenciales, declara que cuando dicha situación se alarga temporalmente o queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, la posición se convierte en precario.

---

<sup>229</sup> Cfr. St. 10 de febrero de 2012, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Undécima, rec. 501/2010.

<sup>230</sup> Cfr. St. 17 de noviembre de 2011, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Decimonovena, rec. 596/2011.

K) LA SIMPLE OCUPACIÓN DE HECHO CONSTITUYE PRECARIO

La cuestión que plantea el recurrente<sup>231</sup> estriba en determinar si se puede considerar como precario, a los efectos de la adecuación del procedimiento previsto en el artículo 250.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquella situación en la que, el ocupante del inmueble lo ha ocupado por vía de hecho y careciendo de consentimiento de la parte actora.

Ahora bien, todas las consideraciones referidas para impedir que el concepto de precario se amplíe, a efectos procesales, a cuestiones distintas del precario sentido estricto, desaparecen en situaciones como la de autos, en la que existe una simple ocupación de hecho[...] ya que en tal supuesto resulta claro que el propietario podrá reclamar por su sola voluntad la restitución de la posesión de la que ha sido privado ilegítimamente, no existiendo título cuya subsistencia debatir en el proceso, ya que lo que existe es una mera posesión de hecho, frente a la cual el poseedor perjudicado, obviamente, puede accionar reclamando la restitución de la posesión y hacerlo a través del juicio de desahucio por precario.

Siendo procedente el presente proceso, es igualmente procedente estimar la demanda, bastando a este efecto tener en cuenta que el artículo 444 del Código civil señala que los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de la cosa no afectan a la posesión, y obviamente en tal situación se encuentra quien ocupa de hecho un inmueble sin conocimiento ni consentimiento de su propietario, debiendo tenerse en cuenta a este efecto que el propietario, aun cuando tuviese cedido el uso a favor del habitacionista, continuaba siendo poseedor mediato del bien (artículo 431 del Código civil), por lo que debe entenderse que el referido artículo 444 es aplicable a supuestos como el de autos y, con arreglo al artículo 446 del Código civil, procede la restitución de la posesión del inmueble a favor del actor.

Obviamente no obsta a lo indicado el hecho de que los ocupantes puedan abonar gastos de Comunidad, o agua, dado que el abono de tales gastos, implícitos y consustanciales a la propia tenencia del bien, no implican la existencia de un título que habilite la posesión.

---

<sup>231</sup> Cfr. St. 11 de mayo de 2011, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Duodécima, rec. 191/2010.

**L) NO EXISTE PRECARIO: OCUPANTE NIETA DE LA TITULAR ARRENDATICIA. CUESTIÓN COMPLEJA A DIRIMIR EN UN PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y NO EN VERBAL DE PRECARIO**

Dice aquí la Audiencia<sup>232</sup>, que en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil se configura el juicio de desahucio por precario como un juicio plenario y no sumario, resultando que conforme a lo dispuesto en el art. 447 de la misma Ley la sentencia recaída en este juicio, seguido en razón a la materia de desahucio por precario, produce el efecto de cosa juzgada material, lo que conlleva que en el ámbito del juicio de desahucio por precario puedan y deban discutirse todas las cuestiones relativas al derecho a poseer, por complejas que sean las mismas, siendo en todo caso cuestión bien distinta a la complejidad el objeto del juicio verbal por precario o lo que es materia de precario.

Por otra parte, también debemos recordar que el concepto de precario tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil es diferente al concepto que del mismo se daba en la Ley Procesal anterior, como ya explicamos en sentencia de esta Sala de fecha 6 de Marzo de 2008, recaída en el rollo de apelación 82/2006, de la que fue ponente el Ilmo. Sr. Belo González.

No procede sino que estimar el recurso de apelación que nos ocupa, desestimando la demanda de desahucio por precario sin que debamos entrar a analizar en este procedimiento, teniendo en cuenta cual es el objeto del mismo a la vista de la acción ejercitada, el posible derecho de la apelante a ocupar la vivienda litigiosa, en base a la subrogación por la misma pretendida en los derechos que como arrendataria habían correspondido a su abuela cuestión ésta que deberá resolverse, en su caso, en el procedimiento arrendaticio correspondiente, en el que deberán tenerse en cuenta, dada la fecha del contrato por esta última pactado con la EMVS (2 de Noviembre de 1996), las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, para los contratos celebrados a partir del 9 de Mayo de 1985.

**M) ACCESO DIFERIDO A LA PROPIEDAD: FASE DE ARRENDAMIENTO Y FIJACIÓN DEL PRECIO DEFINITIVO**

La cuestión esencial sometida a la consideración de este Tribunal<sup>233</sup> se ciñe a determinar si el contrato de primero de abril de 1957 encierra un verdadero contrato de compraventa, en el que adquirente hubiese cumplido la totalidad de sus obligaciones de manera que ex-artículo 1.279 del Código Civil podía compeler a

---

<sup>232</sup> Cfr. St. 1 de abril de 2011, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Vigésimoprimera, rec. 843/2008.

<sup>233</sup> Cfr. St. 10 de noviembre de 2000, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Decimonovena.

la contraparte para que otorgase la correspondiente escritura pública de adquisición de la vivienda a que se refieren los autos o si por el contrario el repetido contrato no es de compraventa hasta que no se fije el precio definitivo y sí del adjudicación provisional, combinando pagos parciales de un precio provisional con cantidades que se entregan por la cesión del uso y disfrute como arrendatario del propio adjudicatario de la vivienda, reservándose la facultad de fijar el precio definitivo el propio Patronato Municipal de la Vivienda, lo que contravendría el art. 1.256 del Código Civil, sino tuviese que ser aprobado por el Instituto Nacional de la Vivienda como dicho contrato.

Si se lee con atención el contrato de 1957 se podrá comprobar que existen dos momentos bien diferenciados: hasta el momento en que el beneficiario adquiera la propiedad de la vivienda, periodo en la que la disfrutará a título de arrendamiento; y otro cuanto esté fijado definitivamente el precio por el Patronato Municipal de la Vivienda con la aprobación del Instituto Nacional de la Vivienda, que resuelve en definitiva sobre este extremo, lo que demuestra que no estamos ante verdadero y propio contrato de compraventa que transfiera la propiedad por medio de la teoría del título y el modo ex-artículo 609 del Código Civil, habida cuenta de que el uso y disfrute se confiere como arrendatario hasta que fijado el precio definitivo se adquiera la propiedad, de manera que tenía razón el Juzgador de instancia cuando dice que el contrato de compraventa tan sólo surgía a la vida del derecho cuando el precio quede total y absolutamente fijado.

#### N) TRASPASO DERECHO HABITACIÓN: PROCEDE DESAHUCIO POR PRECARIO

Resulta imposible deslindar la supuesta condición de precarista -o titular del contrato de traspaso que invoca la recurrente- en cuanto requisito previo para determinar la adecuación del procedimiento, del examen de dicho contrato, lo que remite ambas cuestiones al estudio del tema de fondo del litigio, y ello tampoco está vedado en el presente procedimiento pues, sin entrar a conocer de las posibles complejidades de aquel título, admite -como se recoge en la jurisprudencia transcrita- que se determine la situación precarista del demandado no solo en los supuestos en que este carezca de título, sino también cuando el invocado resulte ineficaz, ahora bien, en el caso que nos ocupa ni tan siquiera se ha probado la existencia del supuesto título, incumbiendo su *onus probandi* a quien lo alega (STS 21-4-97) ya que el contrato aportado, sólo tendría eficacia entre quienes lo suscribieron -y sus causahabientes- en el supuesto de haber sido reconocido, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.225 del Código Civil, y, ni ha sido reconocido, ni su contenido ha sido refrendado por ninguna otra prueba.

Respecto de la falta de legitimación activa, insiste la parte recurrente en que la EMVS es un mero gestor o administrador de las viviendas, o titular fiduciario de las mismas, demos tener presente que el arrendamiento no es un acto de disposición sino de mera administración y que no es necesario tampoco que el actor justifique la propiedad de la finca a efectos de ser parte legítima para promover el juicio de



desahucio, como se infiere del art. 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero, sobre todo, resulta totalmente insostenible su alegación de no haber reconocido extrajudicialmente la legitimación de la actual demandante cuando recibió el requerimiento obrante, sin que conste ninguna impugnación referida a la EMVS y, por encima de cualquier otra consideración, pretende amparar su derecho a permanecer en la ocupación de la vivienda aportando un título otorgado por el habitacionista -dejando constancia en el documento privado correspondiente de que dicho titular entrega a la demandada el título de adjudicación- cuando la actora ha probado que el referido título consistió, precisamente, en el contrato de adjudicación del derecho de habitación de la vivienda litigiosa otorgado por aquella al referido habitacionista. Por cuanto antecede se ha de desestimar el presente recurso confirmando en su integridad la sentencia recurrida.

### O) FALLECIMIENTO HABITACIONISTA, OCUPACIÓN POR CUIDADOR: DESAHUCIO AL PRECARIO

En este pleito<sup>234</sup> el cuidador alega que es arrendatario o comodatario por cuanto ocupa la vivienda propiedad de la EMVS, que le fue adjudicada en derecho de habitación a la persona que él cuidaba, ya fallecida; estando el demandado empadronado con consentimiento de la habitacionista mencionada, a quien pagaba una cantidad.

Se considera precario aquella situación por la que se posee o disfruta de una finca rústica o urbana sin título y sin pagar cantidad en concepto de renta, de tal modo que quien ostenta sobre la finca algún título de los que confieren el derecho al disfrute o posesión de la misma, puede hacer cesar dicha posesión o disfrute tolerado o consentido, cuando tenga a bien exteriorizar su propósito de poner término a la precaria posesión ajena. En consecuencia, la existencia de tal figura y el desahucio a su amparo ejercitado se condiciona, en cuanto a la parte demandante, a la tener la posesión real de la finca a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla (tal como rezaba el artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y reitera el arto 250.1.2º de la vigente L.E.C.) y en cuanto a la parte demandada, su condición de precarista, es decir, la carencia de título para ocupar la finca, ya por no haberlo tenido nunca, ya por estar extinguido.

Por lo tanto, en los juicios de desahucio por precario hay que examinar no sólo la suficiencia del título del demandante, sino también si el demandado es en efecto un ocupante por mera tolerancia o si por el contrario tiene algún título que de algún modo le vincula legalmente con el objeto o con el demandante y que justifique su permanencia en la posesión, siendo evidente que tras la nueva configuración del

---

<sup>234</sup> Cfr. St. 18 de diciembre de 2012, Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid, Juicio verbal por precario nº 1.331/2012.

precario en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es posible dentro del Juicio Verbal (solo por razón de la materia, pero plenario en cuanto a la posibilidad de conocimiento de cuantas cuestiones se susciten) el examen de la procedencia o no del título esgrimido por el demandado.

Por más que acredite la convivencia con la persona que tenía título de habitacionista, e incluso el hecho del empadronamiento en la vivienda por parte del demandado, lo cierto es que no esgrime título alguno que legitime la ocupación de la vivienda tras el fallecimiento de aquélla.

Por otro lado, el hecho de que el demandado pague los gastos de comunidad y los gastos derivados del uso de la vivienda no constituye título alguno que desvirtúe la situación de precario.

#### P) RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR NO SOLICITAR SUBROGACIÓN LA ESPOSA, HIJAS Y NIETAS

Por la representación causídica de la EMVS se ejercita acción de extinción de contrato de arrendamiento<sup>235</sup> de vivienda al amparo de lo dispuesto en el art. 16.1 de la LAU, por fallecimiento del arrendatario frente a su esposa, hija y nietas, demandadas en el presente litigio, quienes siguen ocupando la vivienda, sin que haya mediado comunicación alguna al arrendador, como exige el arto 16.3 de la LAU, y dicha omisión conlleva la extinción inmediata del contrato.

Las codemandadas invocan la excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam* y, junto a la viuda se oponen a la demanda alegando que cuando se suscribió el contrato de arrendamiento el inquilino se encontraba casado con la codemandada y que aquel es anterior a la reforma de los arts. 62 y 63 del CC operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, dejando de existir la representación legal del marido respecto a la esposa por lo que no ha operado la subrogación sino que la viuda es titular del contrato de arrendamiento y, subsidiariamente, invoca que la actora tenía conocimiento de la ocupación por la misma.

Dice el Juzgado que para resolver la excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam* habrá de tenerse en cuenta lo previsto en el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que bajo el título de “condición de parte procesal legítima” dispone, en su párrafo primero, que “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”, de forma que como mantiene nuestro Tribunal Supremo por ejemplo en sentencia de 21 de octubre de 2009 (recurso de casación 177/05), “es la relación

---

<sup>235</sup> St. 16 de febrero de 2012, Juzgado de Primera Instancia Nº 43 de Madrid, Procedimiento Ordinario 1.558/2011.

jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determina quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo, lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación pasiva habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el suplico de la misma en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión, indicando en esta misma resolución, citando otras anteriores que lo que ha de tenerse en cuenta en la legitimación no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio, lo que significa que basta la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado para fundar necesaria y suficientemente la legitimación para obrar, de tal manera que la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte en el proceso, dado que ésta sólo existe como tal en el proceso ejercitando su actividad jurídica por medio de la acción, con lo que el significado de la legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes de un proceso concreto”.

La cuestión debatida, en primer término, no es otra que determinar si la viuda codemandada es titular del contrato de arrendamiento. Al respecto la posición de las Audiencias no ha sido uniforme pero la dualidad existente ha sido zanjada por la STS de 3 de abril de 2009, reiterada por sentencias posteriores de la misma Sala, y así la STS de 22 de noviembre de 2010, que se aporta por la demandante, establece una doctrina jurisprudencial uniforme y que, como tal, vinculante, art. 1.6 del CC, en cuanto establece el criterio de interpretación de la norma que es el siguiente: el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante el matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento. Puede producirse la sustitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular pero, para ello, es imprescindible que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 16 de la LAU por remisión de lo prescrito en la DT 2ª, B de la LAU.

Lo cierto es que la demandada no ha probado, como le incumbe, art. 217 de la LEC, pues para la actora sería un hecho negativo, la notificación, ni siquiera verbal, pues los testigos que depusieron en el acto del juicio refieren dos o tres reuniones con la EMVS, pero no especifican fechas y no puede obviarse que la notificación ha de realizarse en los tres meses siguientes al fallecimiento del titular del contrato, lo que conlleva la estimación de la demanda.

Q) CESIÓN NO CONSENTIDA HECHA POR LA SUBROGADA

En la demanda rectora de este procedimiento<sup>236</sup> se ejercita una acción resolutoria de contrato de arrendamiento en base a la disposición transitoria segunda, apartado A), epígrafe 1, de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en relación a un contrato de fecha 14 de diciembre de 1976 sobre la vivienda de la EMVS. La acción resolutoria del contrato de arrendamiento se fundamenta en el artículo 114.5º, en relación con el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto Refundido de 1964, aplicable a la locación litigiosa en virtud de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 29/94, de 29 de noviembre, de arrendamientos urbanos, por cuanto la arrendataria, subrogada en la posición del originario arrendatario, su esposo, ya no reside en la vivienda arrendada, siendo ocupada en exclusiva por los codemandados.

El concepto de cesión aplicada a los arrendamientos urbanos no es otro que la transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa, a través de la cual se opera una novación subjetiva en el titular del derecho, desapareciendo el cedente de la relación contractual y siendo sustituido por el cesionario, quedando en consecuencia vinculado éste con el arrendador en todos los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de arrendamiento. Conforme a la doctrina de la unidad familiar, no constituye cesión no consentida el que los familiares más directos del arrendatario vayan a compartir con él la vivienda arrendada, siendo estos parientes, cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, los que conforme al artículo 24 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos (inaplicable en su apartado 1 a partir de la entrada en vigor de la L.A.U. 1994, en virtud de la D.T. 2, apartado 3), adquirirían el derecho a subrogarse en el arrendamiento con determinados requisitos entre los que se encontraba el indispensable de la convivencia con el mismo. Por tanto, para que la cesión pueda producir el efecto resolutorio, es necesario que se realice la sustitución en la posición de arrendatario de la persona del cesionario con la consiguiente desaparición del cedente, no bastando la simple introducción de estos próximos familiares para vivir todos juntos.

Corno dice la St. de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, de 27 de noviembre de 2002, con cita de la STS de 7 de febrero de 1961, los contratos entran en vigor con unas circunstancias de hecho y de derecho de carácter personal que no pueden ser modificadas unilateralmente, lo que supone que el derecho del uso adquirido se ejercita no solo por la persona que firmó el contrato, sino también por las que componen su familia; y para que la ocupación de los familiares sea lícita es necesario que no se haya roto la unidad familiar y de dependencia, por lo que esa "familia" debe constituir parte de esa comunidad respecto de la cual el inquilino tiene la obligación de sustentar y dar habitación.

---

<sup>236</sup> Cfr. St. 30 de mayo de 2011, Juzgado de Primera Instancia Nº 81 de Madrid, Procedimiento Ordinario 926/2010.

Por su parte, la St. de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 15 de noviembre de 2000, en un supuesto de abandono del arrendatario y su esposa de la vivienda arrendada con la consiguiente cesión del uso y disfrute de la misma a su hija codemandada y a su esposo, recuerda que es doctrina jurisprudencial consolidada la que declara que el cese en el uso o disfrute del inmueble arrendado por uno de los arrendatarios, que queda a la disposición exclusiva de otro u otros o de algún componente de la unidad familiar inicialmente destinataria de los derechos del contrato, con la consecuente separación de aquel de la relación arrendaticia, produce un evidente cambio subjetivo en dicha relación que comporta el supuesto previsto en la causa resolutoria 5ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964, toda vez que la cesión de la cuota correspondiente a aquel arrendatario en beneficio de otro o de quien ostenta un derecho legítimo a ocupar la vivienda arrendada, forzoso es entender que se realiza de modo distinto al autorizado en la ley, fuera cual fuese la razón de ser que determinase la referida separación y abandono de aquella.

Por tanto, la titular arrendataria, no reside en la vivienda desde hace varios años y que lo hace en una residencia de ancianos en la que ingresó de manera voluntaria, si bien motivada por la avanzada edad y estado de salud, que aconsejaban unos cuidados adecuados a todo ello, situación que lógicamente se ha prolongado y convertido en permanente.

En consecuencia, se considera acredita la premisa fáctica en que se sostiene la demanda (abandono de la vivienda por parte de la arrendataria) y, por tanto, procede estimar la demanda y declarar resuelto el contrato.

## VII. EL PRECARIO. CONCEPTOS: LEC DE 1881 Y RESTRINGIDO. NOTAS CARACTERÍSTICAS

Primigeniamente, el significado de precario, que con nutrido acervo jurisprudencial<sup>237</sup>, se recogía en el número 3º del artículo 1.565 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto<sup>238</sup>, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello; o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor.

---

<sup>237</sup> Cfr., por todas, la STS 13 de febrero de 1958.

<sup>238</sup> *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. D'Ors y otros Aranzadi, Pamplona, 1968, D. 43, 26, 2, 2.

Pues, según lo dispuesto en el número 3º del artículo 1.565 de la antigua LEC, procedía el desahucio contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe, teniendo esta exigencia cierta trascendencia, dado que la falta de prueba de la recepción de dicho requerimiento puede determinar la desestimación del desahucio.

Para el Alto Tribunal<sup>239</sup>, el precario “es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto de precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva...”.

En la resolución mentada, se considera que merece el calificativo de precario, para todos los efectos civiles, “una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho...”.

Por tanto, las características que ha destacado la jurisprudencia<sup>240</sup> de la figura jurídica del precario son de una “posesión, por lo tanto, graciosa, revocable, que se convierte en abusiva y da lugar al desahucio cuando falta la tolerancia y el dueño no quiere seguir favoreciendo en aquella forma al que disfruta la posesión”.

En resumen, el precario, como declara el alto Tribunal<sup>241</sup>, es una institución de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo, y por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se pierda. Su naturaleza jurídica se asemeja al comodato, es decir, al préstamo esencialmente gratuito (art. 1.740 .1 y 2 CC). Por ello, y en aplicación de la normativa establecida para el comodato por el CC, el art. 1.749 dice que “El comodante no puede reclamar la cosa prestado sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el

---

<sup>239</sup> Cfr. STS 30 de octubre de 1986.

<sup>240</sup> Cfr. STS 23 de noviembre de 1946, Tercer Considerando.

<sup>241</sup> Cfr. STS 30 de octubre de 1986.

comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución”, y por otro lado el art. 1.750 CC dice que “Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta de la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamar su voluntad”. Con clara evolución de su concepto -desde la más clásica del Digesto que entendía por precario la concesión graciosa a su ruego del uso de una cosa, mientras lo permita el dueño concedente-, y partiendo entonces de aquella más amplia concepción, son requisitos para que prospere la acción los de la posesión o disfrute efectivo de la cosa por el demandado, su falta o insuficiencia de título, por no haberlo tenido o por haberse extinguido, la falta de renta o contraprestación y el requerimiento formal con un mes de antelación para que proceda a desocupar la finca.

Mas la doctrina jurisprudencial<sup>242</sup> ha venido declarando que no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler.

En cuanto a la legitimación activa y pasiva, el usufructuario, como poseedor real de la finca, está activamente legitimado para ejercitar la acción de desahucio contra el que la disfrute o tenga en precario, sin pagar merced, estando asimismo comprendido, para poder ejercitarla, contra el propietario, ya que el título de éste no le faculta, por sí solo, para la inmediata posesión de la finca. De modo absolutamente diferente, el nudo propietario, en cambio, no goza de la posesión real de la finca y, en consecuencia, hasta que el usufructo no revierta en su persona, no puede ser actor en un juicio de desahucio por precario para impedir el ejercicio de la posesión real que corresponde a la usufructuaria<sup>243</sup>. Así pues, del concepto antes apuntado de precario, se deduce que estará en tal situación y, por tanto, legitimado pasivamente, quien detente o posea un inmueble sin título alguno que pueda ser opuesto al propietario, o bien por no haberlo tenido nunca o por ser ineficaz el que tuviera, comprendiendo el precario los tres supuestos mencionados de posesión sin título, posesión tolerada y posesión concedida<sup>244</sup>.

El Alto Tribunal<sup>245</sup> califica como “precario que surge del hecho de haber finiquitado el plazo de duración del contrato de subarriendo que amparaba la ocupación... por haberse declarado terminado el arrendamiento en virtud del cual dicho subarriendo vino a producirse y cuya vigencia estaba subordinada a la del arriendo”. Ahora bien, añade el Tribunal, “si tal extinción del contrato arrendaticio

---

<sup>242</sup> Cfr. SSTS 21 de noviembre de 1967 y 22 de octubre de 1987, entre otras muchas.

<sup>243</sup> Cfr. Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de junio de 1994, Fundamento de Derecho Segundo.

<sup>244</sup> BELLO JANEIRO, D., El precario, *Aranzadi civil*: revista quincenal, 1995, nº 1, Pp. 161 a 180.

<sup>245</sup> Cfr. SSTS 13 de mayo de 1955 y 6 de febrero de 1959.

no es incontestada, porque la parte actora no acompaña renuncia, o los ejemplares del contrato, o no acredita la transacción... y se discute la existencia o no de cesión ilegal o no consentida o si el demandado tiene o no derecho a la subrogación contractual o *mortis causa*".

Mas debemos recordar que el concepto de precario tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil es diferente al concepto que del mismo se daba en la Ley Procesal anterior<sup>246</sup>.

En efecto, el concepto de precario aparece como tal recogido en el art. 1.750 del CC, dentro de la regulación jurídica del comodato, al referirse este precepto al caso de entrega de una cosa no fungible con cesión gratuita de su uso, cuando no se hubiera pactado la duración del contrato ni el uso a que hubiera de destinarse la cosa prestada y no resultare éste determinado por la costumbre de la tierra, en cuyo caso, conforme se dice en este precepto, puede el comodante reclamarle la cosa entregada a su voluntad, esto es cuando quiera, conociéndose esta situación jurídica con el nombre de precario, dando nuestro Código Civil un concepto estricto o restringido del mismo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, junto al concepto estricto o restringido de precario, proporcionó un concepto de precario más amplio al decir en el número 3º del art. 1.563 que "procederá el desahucio contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced", de forma que junto con la cesión propia del precario en sentido estricto, se amparaban otras situaciones diferentes como la posesión tolerada o la posesión sin título, por carecer de él o por pérdida de eficacia y de la validez del mismo, extendiéndose el concepto de precario a toda persona que poseyere una finca sin derecho para ello y sin pagar renta o merced.

Habiendo sido derogado el art. 1.565.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y subsistente el art. 1.750 del CC, no podemos ya admitir un concepto amplio de precario, al no existir base legal para ello, por lo que considero que es el concepto de precario estricto, contenido en el art. 1.750 del Código Civil, es el que debe tenerse en cuenta para analizar si concurre o no una situación de precario en cualquier supuesto de hecho que analicemos.

La más reciente jurisprudencia del TS sobre precario fija la doctrina jurisprudencial según la cual la ocupante de la vivienda, cuya propiedad es del padre de su conviviente, no tiene título de posesión, es poseedora de hecho, por lo que tendrá la calificación de precario y no de comodato<sup>247</sup>. También, que la inicial relación onerosa entre las partes se transformó en gratuita, encontrándonos ante

---

<sup>246</sup> Cfr., por ejemplo, St. 6 de Marzo de 2008, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 12.

<sup>247</sup> STS 13 de febrero de 2014, Sala Primera de lo Civil, rec. 8/2012.



un precario, pues ni paga renta ni ostenta título<sup>248</sup>. Finalmente, que procede el desahucio por precario de la vivienda que había sido la conyugal, propiedad de los padres del esposo, y que había sido atribuida a la esposa por convenio regulador en juicio de divorcio, por inexistencia de comodato<sup>249</sup>.

### 1. DISTINCIÓN ENTRE PRECARIO Y COMODATO: TRANSFORMACIÓN DEL COMODATO EN PRECARIO

En los supuestos de utilización gratuita de un inmueble por benevolencia de su dueño, en razón de amistad, parentesco u otros, por mera liberalidad, la calificación jurídica del vínculo entre ocupante y propietario (o poseedor real) es la del comodato, pero como a efectos del desahucio por razón de precario lo que califica a éste son los efectos y no la causa, lo que determinará la improcedencia de la acción será la duración del contrato o el uso acordado; y lógicamente no puede el comodante recuperar la posesión del inmueble si no han transcurrido el tiempo o el uso convenidos, como se deduce claramente del art. 1.750 del CC, en razón a la propia fuerza obligatoria del contrato (arts. 1.256, 1.258 Y 1.278 del CC).

A estos efectos es importante diferenciar entre el concreto uso de la cosa para el cual se presta o el destino específico o finalidad de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, es decir una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el uso al que alude el art. 1.750 CC hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no implican que por falta de pacto sobre el uso pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que deberán probarse.

En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equiparse al supuesto en que exista un uso determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del

---

<sup>248</sup> STS 19 de septiembre de 2013, Sala Primera de lo Civil, rec. 769/2011.

<sup>249</sup> STS14 de octubre de 2014, Sala Primera de lo Civil, rec. 1.574/2012.

prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él).

Por ejemplo, en un supuesto que ocupó a la Audiencia Provincial de Madrid<sup>250</sup>, decía el Tribunal que es evidente que no hubo un uso preciso y determinado, pues al ceder el piso el actor a su hijo lo hizo para que éste lo ocupase, junto con su esposa, como vivienda familiar, pero, como hemos señalado, ese destino o finalidad es el genérico y propio del inmueble, por lo que no puede deducirse de ello que se pactase un uso cuyo ejercicio implicase una duración determinada, y al no haberse convenido tampoco plazo para el préstamo, es obvio que nos hallamos ante una situación posesoria que encaja en el precario, máxime cuando la relación de parentesco entre las partes disipa toda duda sobre la inexistencia en este caso de la presunción de onerosidad que frecuentemente se aduce para enervar la acción de desahucio cuando falta ese vínculo.

La cesión de la vivienda constituye un caso de precario ordinario y da lugar al desahucio cuando cesa la voluntad del cedente, tesis mantenida por las Secciones décimo-novena, duodécima y undécima de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>251</sup>.

Baste la cita del Tribunal Supremo<sup>252</sup>, en la que de manera clara y terminante se da respuesta a esta cuestión y que mantiene en esencia, que “no obstante la presencia inicial de un título habilitante de la ocupación gratuita, como es el comodato, e, incluso, con la existencia del uso autorizado para un fin concreto, esta Sala, con base en el carácter temporal y la duración limitada del mentado contrato, como sus características esenciales, declara que cuando dicha situación se alarga temporalmente o queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, la posición se convierte en precario”.

La conversión de comodato a precario se ejemplifica en un conflicto de intereses resuelto por el Tribunal Supremo<sup>253</sup> que se refiere a la cesión inicial gratuita efectuada por la propietaria de un inmueble al ocupante y considerarse como un contrato que, si bien inicialmente pudo ser de comodato, transcurridos doce años decae para convertirse en una situación de precario.

Un caso parecido al del anterior supuesto, es concerniente a la cesión por los propietarios, con carácter gratuito y provisional, de un inmueble, a los ocupantes

---

<sup>250</sup> Cfr. Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 19, St. 17 de noviembre de 2011.

<sup>251</sup> Por ejemplo: St. 9 de junio de 1999; St. 21 de noviembre de 1996, de la Sección 9; St. 13 de diciembre de 1995 de la Sección 12; St. 29 de marzo de 1995, de la Sección 11, etc.

<sup>252</sup> Cfr. STS 25 de febrero de 2010.

<sup>253</sup> Cfr. STS de 16 de marzo de 2004.

del mismo, hasta que se trasladasen a otro inmueble, asimismo perteneciente a dichos dueños, cuya intención era la de arrendarlo a aquéllos; dice esta otra STS<sup>254</sup>: "(...) El débil título que ostentaba la ahora recurrente en virtud de la escritura de 3 de marzo de 1972 (...), quedó extinguido y poniendo de relieve una inequívoca situación de precarista, que no puede en modo alguno prorrogarse indefinidamente por entrañar una clara infracción, por parte del recurrente, de los artículos 1256 y 1258 del Código Civil, en cuanto el contrato o pacto convenido quedaría totalmente al arbitrio de una de las partes, contrariando lo pactado a la buena fe contractual. En definitiva, al no existir título alguno para que continúe la ocupación del inmueble mencionado por el recurrente, éste ha de desalojarlo, tal como se pidió y concedió la Sala en apelación (...)"

No obstante la presencia inicial de un título habilitante de la ocupación gratuita, como es el comodato, e, incluso, con la existencia del uso autorizado para un fin concreto, el Tribunal Supremo<sup>255</sup>, con base en el carácter temporal y la duración limitada del mentado contrato, como sus características esenciales, declara que cuando dicha situación se alarga temporalmente o queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, la posición se convierte en precario.

### 2. ASPECTOS PROCESALES: JUICIO VERBAL POR PRECARIO O PROCEDIMIENTO ORDINARIO

La determinación de si el procedimiento elegido es el adecuado es cuestión procesal de orden público cuyo examen corresponde a los tribunales con independencia de lo que las partes puedan alegar. Por ello, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en su art. 238. 3º establece que los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

Para que proceda la declaración de nulidad de actuaciones judiciales, según la Sección décimo cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>256</sup>, es preciso que concurran los requisitos siguientes:

1. la existencia de una infracción procesal sustancial ("una omisión total y absoluta de las normas esenciales del procedimiento", por lo que, "a sensu contrario", no cualquier infracción de las normas procedimentales podrá determinar la nulidad de las actuaciones judiciales);

---

<sup>254</sup> Cfr. STS de 31 de enero de 1995.

<sup>255</sup> Cfr. STS 25 de febrero de 2010.

<sup>256</sup> Cfr. St. 491/2010, de 11 de octubre, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 14.

2. la producción de indefensión como consecuencia directa de tal infracción procesal<sup>257</sup>. En conclusión, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 "La efectividad de la indefensión requiere la concurrencia de determinados requisitos, y así:
  - a. Que el análisis de la indefensión se realice siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso<sup>258</sup>.
  - b. Que se produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional<sup>259</sup>, y que ese menoscabo esté en relación con la infracción de normas procesales y no responda a otras causas.
  - c. Que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la invoca<sup>260</sup>, bien a través de un comportamiento negligente o doloso<sup>261</sup>, bien por su actuación errónea<sup>262</sup>, o bien por una conducta de ocultamiento en aquellos supuestos en los que el motivo invocado para instar la nulidad se funda en la falta de emplazamiento, incluso en el caso de que la misma la hubiese provocado la imprecisa técnica

---

<sup>257</sup> El Tribunal Constitucional ha declarado que la indefensión relevante a efectos de la nulidad de actuaciones no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino solo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella -STC 48/1986, de 23 de abril-. Por tanto, dicha indefensión es algo distinto de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución -SSTC 18/1983, de 13 de diciembre y 102/1987, de 17 de junio-, requiriéndose además que tal indefensión no ha de hallar su motivo en la propia postura procesal de quien alega haberla sufrido -SSTC 68/1986, de 27 de mayo, 54/1987, de 13 de mayo y 34/1988, de 1 de marzo-. Habiéndose señalado también que no puede invocarse indefensión cuando la razón de la misma se debe de manera relevante a la inactividad o negligencia, por falta de la diligencia procesal exigible, del lesionado o se genera por la voluntaria actuación desafortunada, equívoca o errónea de dicha parte.

<sup>258</sup> Cfr. STC 145/1986, de 24 de noviembre.

<sup>259</sup> SSTC 186/1998, 145/1990, 230/1992, 106/1993, 185/1994, 1/1996, 89/1997, entre otras muchas.

<sup>260</sup> Cfr. STC 57/1984, de 8 de mayo.

<sup>261</sup> SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988.

<sup>262</sup> Cfr. STC 152/1985, de 5 de noviembre.

en la utilización de los medios procesales previstos por el ordenamiento<sup>263</sup>;

- d. la nulidad de actuaciones se ha de hacer valer, en todo caso, a través de los recursos establecidos en la ley, concretamente de los de reposición y apelación, si hubiere existido posibilidad de ello, o de los demás medios establecidos en la ley.

El Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil o antigua LEC de 1881 aludía a la figura del precario en su art. 1.565. 3º "Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda: ... 3. Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe".

En torno al ámbito del juicio de precario, regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, las resoluciones de las Audiencias Provinciales han adoptado posturas discrepantes al sostener, unas, que el ámbito es el mismo que el del juicio de desahucio por precario bajo la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 y, otras, que en la nueva ley es más restringido. Por tanto, algunas Audiencias mantienen el ámbito amplio<sup>264</sup> del juicio regulado en el artículo 250.2 de la LEC y

---

<sup>263</sup> Cfr. STC 109/1985, de 8 de noviembre.

<sup>264</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, de 20 y 22 de mayo de 2008: "(...) existen algunas resoluciones del Alto Tribunal, esclarecedoras en cuanto al concepto del precario, así la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1986 dice: "(...) tiene declarado esta Sala, en sentencia de 13 de febrero de 1958, que conforme a repetida jurisprudencia, el concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y como ha declarado la sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles "una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho"; (...) En igual

---

sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1.995, señala que el precario "no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor". Una de las novedades que ha aportado la normativa procesal actual, es la supresión de la cuestión compleja, como alegación que, de prosperar, comportaba la desestimación de la demanda en los procesos de esta naturaleza, y ello porque, contrariamente a la situación existente antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, el juicio de desahucio por precario, o lo que es lo mismo, el proceso verbal a que se refiere el artículo 250.1.2.º de referida Norma, no es un juicio sumario, sino un proceso plenario que finaliza por sentencia con efectos de cosa juzgada. Por tanto, en el presente proceso no cabe la alegación de cuestión compleja, ya que en el mismo se pueden y deben ventilar todas las cuestiones referentes a la posesión, tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Procesal (Ordinal XII), que al justificar la no inclusión de este proceso en el artículo 447, esto es, dentro de aquellos en los que la sentencia dictada carece de los efectos de cosa juzgada, justifica tal exclusión al decir que: "La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad". Tras la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento civil, se ha suscitado un debate sobre el ámbito del juicio regulado en el artículo 250.2 de dicha Ley, así mientras unos Tribunales consideran que, en el proceso en cuestión, solo podrán hacerse valer las pretensiones en las que se pretenda recuperar la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, situación que solo consideran que se produce en aquellas relaciones entre las partes por las que una cede a la otra el inmueble a título gratuito, otros, entre ellos esta Sección, considera que debe de aplicarse el citado precepto a todas las situaciones incluidas en el concepto de precario desarrollado en anteriores párrafos, esto es, no solo en los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia de su dueño, sino también en todos aquellos casos en los que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva".

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.ª, de 16 de julio de 2008: "(...) El ámbito objetivo de este proceso especial -encaminado a la recuperación de la plena posesión de una finca poseída o cedida en precario- viene determinado por el propio concepto de precario. En este sentido, ha de recordarse que el precario comprende los siguientes supuestos: a/ La posesión sin título. b/ La posesión tolerada. Y c/ La posesión concedida. Consecuentemente, lo que ha de dilucidarse en el proceso es única y exclusivamente la concurrencia -o no- de alguno de aquellos supuestos fácticos y, por ende, el derecho de la parte actora a obtener la tutela jurídica de su derecho a obtener la recuperación de la posesión material de la finca objeto del proceso frente al poseedor demandado, y el derecho de éste a mantener y continuar ostentando dicha posesión".

Sentencia de la sección 13.ª de esta misma Audiencia Provincial, de 29 de diciembre de 2006: "(...) En el juicio de precario no sólo debe examinarse cuanto atañe al título del demandante del que deriva su legitimación causal, sino cuantas cuestiones se refieran a la situación creada por quien sin pagar renta o merced alguna utiliza la posesión de un inmueble sin título para ello o en virtud de un título ineficaz y, por ende, todo lo que se refiera, en su caso, a la legitimidad del título que pudiera oponer frente al derecho del demandante. Por lo expuesto, no resulta acertado el argumento de la resolución apelada que pospone a un juicio ulterior la resolución del conflicto suscitado, bien mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria o de una declarativa de dominio. El objeto de los procedimientos en que se ejerciten estas acciones y la causa de pedir es distinto al de este juicio en el que el debate y la decisión judicial no puede ir más allá de, una vez acreditada por el actor la titularidad de un derecho a real que le confiera el derecho a poseer una finca, reconocerle el derecho a recuperar esa posesión frente a quien la detenta sin título o con un título inhábil e ineficaz. En definitiva, la decisión de si los demandados ostentan o no un título suficiente del que

derive su derecho a poseer no entraña complejidad alguna que exija reanudar el debate a un proceso plenario, máxime cuando tal carácter le es reconocido por la Ley al segundo, sino que constituye la materia propia u objeto de esta clase de juicio".

Sentencia de la sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de noviembre de 2006: "Como pone de relieve la sentencia de esta misma Audiencia de 20 de julio de 2004, a partir de la ausencia o indeterminación del plazo, la variante del uso, careciéndose del pago de un precio o merced y de título eficaz posesorio oponible, se amplía la figura del comodato y, aunque con analogías, se articula el precario dentro de ese género (artículo 1750 del Código civil. La figura del precario, que aparece según doctrina mayoritaria encuadrada en ese precepto (si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad), no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permita el dueño concedente, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced alguna utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostenta el actor (SSTS de 31 de enero de 1995, 30 de octubre de 1986 y 13 de febrero de 1958)".

En el mismo sentido, la sentencia de la misma sección 19.<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de noviembre de 2006: "(...) lo precedente nos lleva ahora a examinar el concepto de precario, figura a la que alude, como hemos indicado, el artículo 250.1.2.<sup>o</sup> de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil, como así lo hacía el artículo 1565.3.<sup>o</sup> del precedente texto legal, concepto que jurisprudencialmente se concibe no sólo como la graciosa concesión a ruego del precarista del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y, como ha declarado la sentencia de 28 junio 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; así que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles, "una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y, por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho"; señalando la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1992 que, para que la acción de desahucio por precario pudiera ser estimada sería necesario que entre las partes no mediase relación alguna que justificase la posesión de la finca por los demandados recurrentes; precisando también la jurisprudencia (SSTS de 30-10-86 y 31-1-95) que el objeto del juicio de desahucio en precario se extiende a cuantos sin pagar renta o merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor; partiendo de lo precedente es también de señalar que conforme a la genérica regla relativa al *onus probandi* o carga de la prueba, sobre el demandado de precario que reconoce la ocupación pesa la carga de probar el título habilitante de esa ocupación, una vez acreditado el derecho de propiedad de quien demanda, propiedad que por principio se presume libre; desde lo hasta aquí expuesto hemos de concluir con la sentencia de instancia que ninguna prueba aporta la demandada en justificación de título que habilite la ocupación, pues no lo es tal una ocupación de la finca anterior a la fecha en que los demandantes la adquieren, y aun después, lo que motiva la

otras, sin embargo, el ámbito restringido<sup>265</sup> para dicho concepto, interpretación esta última que, personalmente me parece más acertada y que, por tanto, comparto plenamente.

---

demanda, cuando no se ofrece prueba en justificación de esa ocupación, ni siquiera de la convivencia more uxorio con el anterior propietario y menos que entonces fuera adquirida conjuntamente por ambos (...)"

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de enero de 2003, que estima el desahucio por precario en un supuesto en el que "la ocupación está basada en la mera tolerancia del propietario anterior (...)"

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de abril de 2006, que estima la acción de desahucio por precario y afirma que "en principio, el proceso elegido presupone que el demandado disfruta la finca sin título legítimo para ello, bien porque no lo hubiera tenido nunca, bien porque el que hubiera amparado dicha posesión, hubiera perdido su eficacia (...)"

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 6 de octubre de 2005, que estima el desahucio en precario y rechaza la alegación de inadecuación del procedimiento afirmando que existe el precario "por permanecer en el uso continuado de una vivienda sin ostentar título alguno, una vez vendida la propiedad, sin pagar precio o merced alguna. Concurren todos los requisitos establecidos para el precario. El demandado ocupa la vivienda sin más carácter que la mera tolerancia de los demandantes, sin que pueda reclamarla a su voluntad, como se prevé para la figura del comodato (...) a través del juicio verbal se pretende el desahucio del demandado en su condición de precarista, con independencia de que éste pueda alegar lo que estime conveniente en defensa de su tesis sobre la existencia de un comodato"

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 24 de noviembre de 2003, que aprecia la concurrencia del desahucio por precario definiendo el mismo por la "ocupación por el demandado del inmueble propiedad del actor sin justo título y sin pagar merced o renta a cambio"

<sup>265</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, de 25 de junio de 2008: "(...) Con relación al ámbito del juicio de desahucio en precario, como señala la sentencia de esta Audiencia Provincial Sección 12.ª de 7 de marzo de 2006, siguiendo el criterio recogido entre otras en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23 de julio de 2004, consecuencia de la nueva regulación legal implica un distinto concepto del precario más reducido, en el sentido de que el citado precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, de manera que en contraposición a la regulación anterior, la actual introduce el término "cedida en precario", mucho más reducido y preciso, lo que sugiere la idea de una relación entre las partes por la que una ha cedido a la otra el uso del inmueble a título gratuito y a su ruego, conllevando que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al concepto clásico del precario. Consecuencia de ello es que sólo puede solicitarse el reintegro de la posesión por medio del procedimiento establecido en el artículo 250.1.2 de la actual Ley de Enjuiciamiento civil cuando el inmueble haya sido cedido en esas condiciones por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que, el referido juicio, puede ser cauce adecuado para resolver todas aquellas situaciones, en las que, conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que podían ser incluidas en el concepto de precario. Dicho de otro modo, la Ley de Enjuiciamiento civil actual ha establecido un procedimiento verbal, para la recuperación de la posesión en los casos de precario en el sentido expuesto, de manera que este procedimiento es el adecuado para resolver aquellas cuestiones meramente posesorias en las que esa posesión haya sido cedida a título gratuito, pudiendo utilizarse al efecto todos los medios de prueba recogidos en la Ley procesal, pues desaparece la antigua restricción en tal sentido. Por lo que, en definitiva, de



acuerdo con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, no cabe hablar de cuestión compleja sino de inadecuación de procedimiento. Análoga tesis se sigue en SAP Las Palmas, sección 5.ª, 24 de marzo de 2006, SAP Asturias de 7 de junio de 2004 y SAP Almería de 3 de septiembre de 2003. Si bien tal criterio debe llevar que en el ámbito del juicio de desahucio se deba resolver no si existe o no una cuestión compleja, pero sí el examen de la falta de validez o inexistencia de título por parte del ocupante, dado que no basta que se alegue la existencia de un contrato de arrendamiento o cualquier otro título jurídico distinto al mero precario que legitime la posesión, o al menos que justifique prima facie la posesión".

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.ª, de 21 de mayo de 2008: "Finalmente debemos indicar que el concepto de precario tras la entrada en vigor 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil también es diferente al concepto que del mismo se daba en la Ley Procesal anterior, como ya explicamos en sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 2008 (...). En efecto, el concepto de precario aparece como tal recogido en el artículo 1.750 del Código civil, dentro de la regulación jurídica del comodato, al referirse este precepto al caso de entrega de una cosa no fungible con cesión gratuita de su uso, cuando no se hubiera pactado la duración del contrato ni el uso a que hubiera de destinarse la cosa prestada y no resultare éste determinado por la costumbre de la tierra, en cuyo caso, conforme se dice en este precepto, puede el comodante reclamarle la cosa entregada a su voluntad, esto es cuando quiera, conociéndose esta situación jurídica con el nombre de "precario", dando nuestro Código civil un concepto estricto o restringido del mismo. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, junto al concepto estricto o restringido de precario, proporcionó un concepto de precario más amplio al decir en el n.º 3 del artículo 1563 que "procederá el desahucio contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced", de forma que junto con la cesión propia del precario en sentido estricto, se amparaban otras situaciones diferentes como la posesión tolerada o la posesión sin título, por carecer de él o por pérdida de eficacia y de la validez del mismo, extendiéndose el concepto de precario a toda persona que poseyere una finca sin derecho para ello y sin pagar renta o merced. Habiendo sido derogado el artículo 1565.3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, y subsistente el artículo 1750 del Código civil, no podemos ya admitir un concepto amplio de precario, al no existir base legal para ello, por lo que consideramos que es el concepto de precario estricto, contenido en el artículo 1750 del Código civil, el que debe tenerse en cuenta para analizar si concurre o no una situación de precario en el supuesto de hecho que nos ocupa".

En el mismo sentido, la sentencia de la sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2007: "(...) El carácter plenario y no sumario del juicio verbal sobre la materia de precario resulta claramente del capítulo XII de la exposición de motivos de la Ley y de su artículo 447, y es tal carácter del juicio el que impide apreciar una situación de complejidad para remitir a los litigantes a un juicio de la misma clase; habiéndolo entendido igualmente así otros tribunales, como la sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 4 de marzo de 2002, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Murcia en sentencia de 28 de enero de 2004, o la sección 11.ª de esta Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 10 de septiembre de 2004, siendo cuestión bien distinta a la complejidad el objeto del juicio verbal por precario o lo que es materia de precario".

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 27 de junio de 2008: "(...) En cuanto a la inadecuación del presente juicio de precario para la decisión de las cuestiones en él controvertidas, conviene poner de manifiesto el criterio seguido por esta Sección, entre otras, en la sentencia número 568/2002, de 20 de septiembre, de que "En la actual Ley de Enjuiciamiento civil, el artículo 250.1.2 establece el juicio verbal como un procedimiento especial por razón de la materia para resolver aquellas controversias en las que se pretenda la recuperación de la plena posesión de la finca cedida en precario por el dueño o cualquier persona con derecho a poseerla. Regulaciones que implican un distinto concepto de precario, por cuanto tal y como venía señalando con reiteración la doctrina jurisprudencial, el concepto de precario a que se refería el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 no se refería a la graciosa concesión a su ruego del uso de

---

una cosa mientras lo permite el dueño cedente, que era el sentido originario del precario establecido en el Digesto, sino que se extendía a las situaciones en las que sin pagar merced utilizaban la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando el invocado fuera ineficaz para enervar el dominical que ostentara el actor, de manera que el concepto originario del precario se fue ampliando por la jurisprudencia hasta hacer equivalente el precario a toda aquella situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, existiendo una falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido, lo perdiera. Partiendo de tan amplio concepto de precario y de las diversas cuestiones que respecto del mismo se podían plantear, -teniendo en cuenta que la controversia había de ser resuelta por los estrechos cauces del juicio de desahucio con la limitación de medios probatorios que conllevaba la utilización de ese procedimiento-, la jurisprudencia fue elaborando el concepto de cuestión compleja, en el sentido que solo podían ser resueltos por medio del procedimiento previsto en el número 3 del artículo 1.565, aquellas cuestiones en las que la situación de precario no planteaba ninguna dificultad, reservándose para el declarativo posterior la resolución de las mismas, lo que en definitiva no planteaba ninguna cuestión por cuanto aun cuando la situación de precario se resolviera en ese procedimiento, la sentencia que se dictara no tenía efectos de cosa juzgada, por lo que las partes podían volver a plantear la misma controversia en el declarativo correspondiente. La nueva Ley de Enjuiciamiento civil, al regular el juicio verbal como un procedimiento especial por razón de la materia -artículo 250.1.2 -, recoge un concepto de precario más reducido, en el sentido de que el precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, por lo que en contraposición con la regulación anterior que permitía la amplitud en el concepto de precario hasta llegar a la definición antes expuesta, la nueva regulación introduce el término de "cedida en precario", mucho más preciso que el anterior, de manera que da idea de una relación entre las partes, por las que una cede a otra el inmueble a título gratuito y a su ruego, lo que conlleva que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al antiguo concepto de precario según la definición del Digesto, constituido por la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente. Consecuencia de lo expuesto es que sólo puede solicitarse el reintegro de la posesión cuando el inmueble haya sido cedido en esas condiciones por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que el referido juicio pueda ser cauce adecuado para resolver todas aquellas situaciones en las que conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que se podía incluir dentro del concepto de precario. Dicho de otro modo, la Ley de Enjuiciamiento civil actual ha establecido un procedimiento verbal para la recuperación de la posesión en los casos de precario en el sentido restringido expuesto, de manera que el procedimiento verbal es adecuado para resolver aquellas cuestiones meramente posesorias, disponiendo que para ello se utilizarán todos los medios de prueba recogidos por la ley procesal, desapareciendo la antigua restricción y no estando el juicio de precario entre los recogidos en el artículo 447 como aquellos que no producen cosa juzgada" (en el mismo sentido, sentencia de la Sección Cuarta número 206/2002, de 3 de junio)".

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de diciembre de 2007 y sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de octubre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.<sup>a</sup>, de 29 de mayo de 2008: "(...) En la regulación de la actual Ley de Enjuiciamiento civil, como se observa en la SAP Santa Cruz de Tenerife de 23 de julio de 2004, el artículo 250.1.2, establece el juicio verbal, como un procedimiento especial por razón de la materia, para resolver aquellas controversias en las que se pretenda la recuperación de la plena posesión de la finca cedida en precario por el dueño o por cualquier persona con derecho a poseerla. Regulación legal que implica un distinto concepto del precario más reducido, en el sentido de que el citado precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, de manera que en contraposición a la regulación anterior, la actual introduce el término "cedida en precario", mucho más reducido y preciso, lo que sugiere la idea de una relación entre las partes por la que una ha cedido a la otra el uso del inmueble a título gratuito y a su ruego, conllevando que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al concepto clásico del precario. Consecuencia de ello es que

La antigua LEC de 1881 extendía el concepto de precario a "cuantos sin pagar merced, utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor, entre los que se encuentran los que sirven de soporte a un mero derecho personal, cuya finalidad sea la de poseer la cosa para disfrutarla o para usarla, legitimando por tanto al arrendatario frente al poseedor sin título<sup>266</sup>".

Con la antigua LEC de 1881 nos encontrábamos ante un juicio sumario, remitiéndose al procedimiento ordinario correspondiente cuando se planteaban cuestiones complejas en dicho juicio.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil alude a la figura del precario en su art. 250. 1. 2, en el cual ya se pueden apreciar importantes diferencias con respecto a la anterior regulación, no sólo porque se encuentra en sede de procedimientos especiales por razón de la materia, cuya resolución tiene efectos

---

solo puede solicitarse el reintegro de la posesión por medio del procedimiento establecido en el artículo 250.1.2 de la actual Ley de Enjuiciamiento civil cuando el inmueble haya sido cedido en esas condiciones por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que, el referido juicio, puede ser cauce adecuado para resolver todas aquellas situaciones, en las que, conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que podían ser incluidas en el concepto de precario. Dicho de otro modo, la Ley de Enjuiciamiento civil actual ha establecido un procedimiento verbal, para la recuperación de la posesión en los casos de precario en el sentido expuesto, de manera que este procedimiento es el adecuado para resolver aquellas cuestiones meramente posesorias en las que esa posesión haya sido cedida a título gratuito, pudiendo utilizarse al efecto todos los medios de prueba recogidos en la Ley procesal, pues desaparece la antigua restricción en tal sentido. Por lo que, en definitiva, de acuerdo con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento civil actual, no cabe hablar de cuestión compleja sino de inadecuación de procedimiento. Análoga tesis se sigue en la SAP Asturias de 7 de junio de 2004 y SAP Almería de 3 de septiembre de 2003, indicando que el juicio verbal a que remite el artículo 250.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000, no tiene naturaleza sumaria, sino que se trata de un juicio declarativo con plenitud de conocimiento y garantías procesales, como resulta del hecho de que no está incluido entre los que el artículo 447 de la propia Ley de Enjuiciamiento civil califica de sumarios, a efectos de excluir a la sentencia que recaiga de la producción de la eficacia de cosa juzgada. (...) Esta nueva configuración obliga a revisar la jurisprudencia anterior en la materia, en la que se excluía de este proceso la posibilidad de análisis de cuestiones complejas, cuya concurrencia impedía la estimación de la pretensión. Pero solo puede solicitarse el reintegro de la posesión, cuando el inmueble haya sido cedido en las mencionadas condiciones económicas por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que el referido juicio pueda ser cauce adecuado, para resolver todas aquellas situaciones en las que, conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que se podía incluir dentro del concepto de precario".

Otras resoluciones que mantienen esta postura restrictiva son: sentencias de la sección 4.<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 9 de octubre de 2008, de la Sección 1.<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Huesca de 21 de enero de 2008 y de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4.<sup>ª</sup>, de 21 de abril de 2005.

<sup>266</sup> Cfr. SSTS 31 de enero de 1995, 30 de octubre de 1986 y 13 de febrero de 1958.

de cosa juzgada y es un procedimiento plenario, sino también porque vuelve a limitar el concepto de precario al mismo sentido que se establecía en el Digesto<sup>267</sup>, al recoger: "1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 2º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca". Volvemos, por tanto, a una concepción restrictiva del precario: relación entre las partes, por la que una cede a la otra el inmueble a título gratuito y a su ruego. Es por ello, que solo puede solicitarse el reintegro de la posesión por el cauce del art. 250. 1. 2 de la LEC cuando el inmueble se cedió en esas condiciones.

Por tanto, se utiliza inadecuadamente el cauce del art. 250. 1. 2 de la LEC, si dicho inmueble no se cedió a la demandada por una graciosa concesión, puesto que por el mismo no se puede obtener el reintegro de la posesión<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. D'Ors y otros Aranzadi, Pamplona, 1968, D. 43, 26, 2, 2.

<sup>268</sup> Así, la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia nº 236/2007, de 4 de abril de 2007, establece: "En la regulación de la actual LEC, como se observa en la St. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23 de julio de 2004, el art. 250. 1. 2, establece el juicio verbal, como un procedimiento especial por razón de la materia, para resolver aquellas controversias en las que se pretenda la recuperación de la plena posesión de la finca cedida en precario por el dueño o por cualquier persona con derecho a poseerla. Regulación legal que implica un distinto concepto del precario más reducido, en el sentido de que el citado precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, de manera que en contraposición a la regulación anterior, la actual introduce el término "cedida en precario", mucho más reducido y preciso, lo que sugiere la idea de una relación entre las partes por la que una ha cedido a la otra el uso del inmueble a título gratuito y a su ruego, conllevando que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al concepto clásico del precario. Consecuencia de ello es que solo puede solicitarse el reintegro de la posesión por medio del procedimiento establecido en el art. 250. 1. 2 de la actual LEC cuando el inmueble haya sido cedido en esas condiciones por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que, el referido juicio, puede ser cauce adecuado para resolver todas aquellas situaciones, en las que, conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que podían ser incluidas en el concepto de precario. Dicho de otro modo, la LEC actual ha establecido un procedimiento verbal, para la recuperación de la posesión en los casos de precario en el sentido expuesto, de manera que este procedimiento es el adecuado para resolver aquellas cuestiones meramente posesorias en las que esa posesión haya sido cedida a título gratuito, pudiendo utilizarse al efecto todos los medios de prueba recogidos en la Ley procesal, pues desaparece la antigua restricción en tal sentido. Por lo que, en definitiva, de acuerdo con la regulación de la LEC actual, no cabe hablar de cuestión compleja sino de inadecuación de procedimiento. Análoga tesis se sigue en la St. Audiencia Provincial de Asturias de 7 junio 2004, Y SAP Almería de 3 septiembre 2003, indicando que el juicio verbal a que remite el art. 250. 2 LEC 1/2000, de 7 de enero, no tiene naturaleza sumaria, sino que se trata de un juicio declarativo con plenitud de conocimiento y garantías procesales, como resulta del hecho de que no está incluido entre los que el art. 447 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil califica de sumarios, a efectos de excluir a la sentencia que recaiga de la producción de la eficacia de cosa juzgada."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20) núm. 327/2007, de 23 de mayo, establece: "Esta Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en el rollo 715/05, en cuya sentencia de fecha 22 de noviembre de 2006 acogimos la doctrina jurisprudencial establecida

Partiendo de que es esa cesión en precario, en los términos indicados, lo que determina el procedimiento verbal a seguir, es decir, tratándose de un procedimiento establecido expresamente por razón de la materia, únicamente podrán discutirse en este procedimiento verbal las acciones fundadas en la existencia de ese concreto concepto de precario y no otro, por venir ello impuesto por los principios inspiradores del proceso civil, tales como el de seguridad jurídica, dispositivo e igualdad de partes.

El carácter declarativo y plenario, que viene impuesto por el tipo de procedimiento a seguir, juicio verbal, y no por la cuestión a resolver, no puede modificar el cauce procesal o la configuración del ámbito objetivo que le es propio. Si, como indica el apartado X de la Exposición de Motivos de la actual Ley, el criterio de la materia constituye un "elemento de muy superior relevancia" a la hora de determinar el proceso a seguir precisamente para dar efectividad a la tutela judicial, a él debieran ajustarse las partes a la hora de hacer valer sus pretensiones. La misma Exposición de Motivos de la LEC, resalta que, a la hora de atribuir los diferentes tipos de asuntos en los distintos cauces procedimentales, la Ley, en síntesis, reserva para el juicio verbal, aquellos litigios caracterizados, en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido, sin que ello implique o suponga privar de la importancia y características que le son propias.

En definitiva, la nueva LEC claramente establece que mediante el juicio verbal tan solo podrá hacerse valer las pretensiones en las que se pretenda recuperar la mera posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, situación que da idea de una relación entre las partes por las que una cede a la otra el inmueble a título gratuito y a su ruego lo que lleva como consecuencia que sólo puede solicitarse el reintegro de la posesión cuando el inmueble se cedió en esas condiciones por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que el referido juicio pueda ser cauce adecuado para resolver todas aquellas situaciones en las que conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que se podía incluir dentro del concepto de precario.

---

en diferentes Audiencias Provinciales, reflejada en sentencias tales como las de la Audiencia Provincial de Tenerife de fechas veinte de septiembre de 2002 y uno de febrero de 2006 o las de Madrid de fechas veintidós de noviembre de 2005 -Sección décimo segunda, la de Almería de fecha tres de septiembre de 2003 o la de Asturias de siete de junio de 2004, a cuyo tenor la nueva LEC, en su artículo 250. 2 contempla sólo un concepto restringido del precario al aludir literalmente a la recuperación de la finca "cedida en precario", con lo cual el procedimiento declarativo verbal solo sería el adecuado cuando nos encontremos ante una situación de precario en las cuales exista una cesión del uso del inmueble a título gratuito y a su ruego, a diferencia de lo que ocurría en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en cuyo artículo 1.563 .3 no se aludía a la graciosa concesión, a su ruego, del uso de una casa mientras lo permita el dueño cedente y por tanto dicho procedimiento se extendía también a las situaciones en las que sin pagar merced utilizaban la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando el título invocado, fuera ineficaz para enervar el título dominical del actor, porque nunca se tuvo o porque se perdió, habiéndolo tenido".

De todo lo analizado, puedo hacer una recomendación personal, que es fruto de la experiencia procesal en estos pleitos y es que si se sospecha que no estamos ante un genuino precario, en el sentido de cesión del uso (de una vivienda por ejemplo) por graciosa concesión del dueño o usufructuario cedente, es decir, que pueda existir una subrogación o un subarriendo como título que ampare a quien detente la posesión, entonces, sin duda, debemos obtener el reintegro de la posesión por el cauce del procedimiento ordinario, atacando el pretendido título que ampare dicha ocupación, so pena de no obtener dicho reintegro posesorio por utiliza inadecuadamente el cauce del art. 250. 1. 2 de la LEC para dicho fin.

### 3. ARRENDAMIENTO QUE DEVIENE EN PRECARIO, POR NO EJECUCIÓN DEL LANZAMIENTO, UNA VEZ RESUELTO JUDICIALMENTE EL CONTRATO ARRENDATICIO

Ciertamente, la realidad muchas veces supera la ficción y se verifica una hipótesis de laboratorio jurídico. Tal es la curiosa casuística que quiero mencionar. Es sabido que, en general, el desahucio es un procedimiento que permite al arrendador recuperar el bien inmueble arrendado, mediante el lanzamiento del arrendatario, cuando concurren determinadas causas de extinción del contrato. El art. 1.569 CC establece las causas concretas de desahucio: 1ª Haber expirado el término convencional o el que se fija para la duración de los arrendamientos en los arts. 1.577 y 1.581. 2ª Falta de pago del precio convenido. 3ª Infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato. 4ª Destinar la cosa arrendada a usos o servicios no pactados que la hagan desmerecer; o no sujetarse en su uso a lo que se ordena en el número 2 del art. 1.555<sup>269</sup>.

Iniciado un procedimiento, normalmente verbal por impago de renta o, incluso por expiración del término, llegado el momento de ejecutar el lanzamiento, este no se verifica, normalmente por presiones político-sociales a la mercantil municipal habida cuenta su carácter marcadamente social, pero en la sentencia de los mencionados procedimientos, el juez resuelve el vínculo contractual locativo, pasando de facto, a ser ahora el arrendatario una suerte de precario. Pero, ¿qué papel tiene en ello el efecto de cosa juzgada de la meritada sentencia?

Como simple observación, hay que decir, que aunque para la ejecución del lanzamiento en un proceso de desahucio no será precisa ni el inicio de un proceso de ejecución ni la interposición de la demanda ejecutiva, como tampoco será preciso verificar el plazo legal de espera de 20 días desde la notificación de la

---

<sup>269</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 287 a 288.

sentencia, siempre que ello se haya solicitado en la demanda<sup>270</sup>. Esto no es aplicable a los supuestos de reclamación de rentas, ni aún en su forma acumulada, respecto de las cuales es precisa demanda ejecutiva y despacho de la ejecución.

En opinión de GARBERÍ LLOBREGAT<sup>271</sup>, junto a la limitación de alegaciones y probatoria propia del juicio de desahucio por falta de pago<sup>272</sup>, la otra nota esencial que caracteriza a este tipo procesal como un juicio sumario es carencia (o limitación, más precisamente) de efectos de cosa juzgada de la sentencia que le pone término mediante un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión controvertida.

De dicha nota se hace eco el antes citado art. 447.2 LEC, a cuyo tenor: “No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales... que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler...”. Sobre la base de este precepto, pues, y partiendo de una interpretación estrictamente literal del mismo, podría llegar a sostenerse que, ausentes del todo los efectos de cosa juzgada en el juicio de desahucio por falta de pago, sería perfectamente admisible:

1º) Que lo declarado por la sentencia, una vez alcanzada por ésta la firmeza, pudiese ser no tenido en cuenta en absoluto en el futuro, ni siquiera cuando un órgano judicial hubiese de resolver sobre alguna cuestión relacionada con dichas declaraciones, obviando así lo que técnicamente se denomina el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada<sup>273</sup>.

2º) Que la cuestión litigiosa resuelta por la sentencia, una vez alcanzada por ésta la firmeza, podría ser de nuevo sometida al mismo o a otro órgano judicial, a través de un proceso de la misma o distinta clase, a fin de obtener un segundo enjuiciamiento del mismo conflicto, obviando así lo que técnicamente se denomina el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada (*non bis in idem*)<sup>274</sup>.

Sin embargo, y como resulta a todas luces obvio, a ninguna persona sensata se le ocurriría jamás llegar a sostener que la proclamación del art. 447.2 LEC, aunque coherente con el carácter sumario del juicio de desahucio por falta de pago, sí

---

<sup>270</sup> Cfr. Artículo 549.3 LEC.

<sup>271</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., Los nuevos juicios verbales de desahucio en la Ley de Enjuiciamiento civil, Barcelona, 2ª edición, Bosch, 2012, Pp. 71 a 74.

<sup>272</sup> Art. 444.1 LEC.

<sup>273</sup> Vid. Art. 222.4 LEC.

<sup>274</sup> Vid. Art. 222.1 LEC.

pueda, sin embargo, ser capaz de ocasionar tan perniciosas e inaceptables consecuencias, o de llegar hasta extremos semejantes.

Por lo que la jurisprudencia ha tenido que interpretar cláusulas legales como la arriba enunciada, no de un modo estrictamente literal (lo que conduce a resultados absurdos y rechazables), sino de una manera contextual con el resto del ordenamiento.

Y ello teniendo bien presente que el principio de la seguridad jurídica (hoy constitucionalizado en el art. 9.1 CE) ha de impedir que cualquier pronunciamiento judicial, recaído tras la tramitación procesal que corresponda, quede reducido al nulo valor de un papel mojado por carecer de todo valor vinculante o prejudicial respecto de pronunciamientos futuros, y por carecer de todo valor excluyente de procesos futuros donde se pretenda discutir exactamente el mismo litigio ya resuelto por aquél primer pronunciamiento judicial.

En suma, como afirma el TS<sup>275</sup> “la esencia del proceso sumario no es la carencia absoluta de efectos de cosa juzgada, sino que no produce la totalidad de los efectos materiales de la misma”.

De ahí que la jurisprudencia, tanto con anterioridad como con posterioridad a la aprobación de la vigente LEC, haya concluido en que los procesos sumarios, y entre ellos el juicio de desahucio por falta de pago, sí producen algunos efectos de cosa juzgada. Y, a este respecto, podrían sentarse los siguientes criterios generales:

1º) La sentencia de desahucio provoca el efecto negativo o excluyente característico de la cosa juzgada cuando la cuestión litigiosa objeto del proceso ulterior “viene a coincidir con la que ya fue objeto de discusión y resolución en un previo juicio de desahucio”<sup>276</sup>

2º) Están protegidas, pues por la cosa juzgada, las cuestiones expresamente resueltas por la sentencia dictada en el proceso sumario<sup>277</sup>, así como también “aquellas otras que no habiendo sido objeto de resolución pueden estimarse implícitamente resueltas por hallarse comprendidas en el *thema decidendi*”<sup>278</sup>, pues de no ser así “se dividiría la continencia de la causa y podrían producirse sentencias contradictorias”<sup>279</sup>.

---

<sup>275</sup> Cfr. STS 23 de enero de 1996, Sala Primera.

<sup>276</sup> Cfr. SSTS, Sala Primera, 27 de noviembre de 1992, 8 de junio de 1998 y 27 de octubre de 2005.

<sup>277</sup> Cfr. SSTS, Sala Primera, 14 de diciembre de 1992 y 15 de diciembre de 1994.

<sup>278</sup> Cfr. STS, Sala Primera, 27 de noviembre de 1992.

<sup>279</sup> Cfr. St. 11 de enero de 2002, Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. Cuarta.



3º) Dichos efectos de cosa juzgada, por consiguiente, no impedirán un juicio ordinario declarativo posterior sobre aquellas cuestiones que no puedan ser resueltas en el juicio sumario<sup>280</sup>.

4º) Igualmente, la sentencia dictada en el proceso sumario producirá todos los efectos positivos o prejudiciales propios de la cosa juzgada<sup>281</sup>.

Por último, cabe decir que según GARBERÍ LLOBREGAT, tras la entrada en vigor de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de Medidas de Fomento y Agilización del Alquiler y de la Eficiencia Energética de los Edificios se aprecia que el legislador ha incurrido en este punto en un lamentable descuido, pues de manera irresponsable ha introducido novedosamente la previsión de que carezcan de efectos de cosa juzgada las sentencias que recaigan en los juicios de desahucio “por expiración legal o contractual del plazo”, dotando así a los mismos de un pretendido carácter sumario o no plenario, sin que, al mismo tiempo, haya caído en la cuenta de que, para que dicha previsión goce de fundamento y no sea una proclamación gratuita sin más valor que el retórico, debía haber reformado también el tenor del art. 444.1 LEC (no alterado por la reforma), y que sigue disponiendo hoy que la limitación de alegaciones y prueba que pesa sobre el demandado únicamente opera en los juicios de desahucio por falta de pago (y no, pues, en los juicios de desahucio por expiración del plazo).

En consecuencia, la sola reforma del art. 447.2 LEC, la sola proclamación de que las sentencias dictadas en estos procesos no producirán los efectos propios de la cosa juzgada, al carecer de todo fundamento atendible, no debiera impedir que esta clase de procesos sigan siendo considerados como tipos procesales plenarios y no (por la descuidada negligencia del legislador) como tipos procesales sumarios.

Finalmente, quiero hacer referencia a una resolución<sup>282</sup> del Tribunal Constitucional con importancia tangencial, ya que se refiere a un procedimiento de ejecución hipotecaria, en el asunto en este apartado tratado. El fallo, aunque con un voto particular de dos magistrados, dice que la exigencia de que el deudor tenga hijos para suspender el lanzamiento de su vivienda habitual, no es contrario al principio de igualdad.

Se aduce por los recurrentes que la interpretación y aplicación sostenida por el órgano judicial del art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, resulta inconstitucional por cuanto introduce en el concepto de

---

<sup>280</sup> Cfr. SSTS, Sala Primera, 14 de diciembre de 1992 y 23 de enero de 1996.

<sup>281</sup> Cfr. St. 11 de enero de 2002, Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. Cuarta y St. 11 de enero de 2008, Audiencia Provincial de Vizcaya, Secc. Quinta.

<sup>282</sup> Auto 129/2014 del Tribunal Constitucional, de 5 de mayo de 2014. Recurso de amparo 6.698/2013. BOE 4-6-2014.

unidad familiar un requisito que la propia ley no contempla, cual es la existencia de hijos. Tal interpretación produce una discriminación por las circunstancias personales en aquellas unidades familiares, como la del recurrente, que no ha podido o querido tener hijos. Por consiguiente, la diferencia de trato que resulta de esta interpretación conduce a un resultado desproporcionado contrario al mandato del art. 14 CE.

Para el Tribunal, no puede apreciarse la lesión que se denuncia por cuanto la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, en lo que aquí interesa, dispone la suspensión de los lanzamientos de viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, cuando concurren determinadas circunstancias económicas penosas que se entienden transitorias y que se recogen en su art. 1. Recordemos que el art. 1.4 b) considera unidad familiar “la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar”, por lo que cabe interpretar, sin que se pueda tachar de irrazonable a los efectos del art. 24.1 CE, que la definición legal de unidad familiar requiere la existencia de pareja e hijos.

En segundo lugar y por lo que atañe a la alegada vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), conviene aclarar que el preámbulo de la citada Ley 1/2013, manifiesta que la situación de necesidad que el legislador quiere atender con esta medida excepcional y transitoria es aquella derivada del menoscabo en las circunstancias económicas de determinadas unidades familiares originado por la inesperada crisis económica y financiera desencadenada a partir de 2009. Por ello, hay que afirmar que ha sido el propio legislador el que ofrece una razón para limitar el derecho a la suspensión del lanzamiento a una situación de necesidad, con exclusión de otras y que el órgano judicial se ha limitado a aplicar la norma vigente.

Al hilo de la mención hecha al desahucio hipotecario, una reciente sentencia del TS<sup>283</sup> ha resuelto que no se puede oponer el derecho de uso sobre la vivienda familiar establecido en un pleito de familia al adjudicatario del inmueble en subasta pública a consecuencia del ejercicio de una ejecución hipotecaria, cuando la hipoteca se constituyó sobre el bien antes del matrimonio por el otro cónyuge y por ello no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1.320 del CC, que recoge que para disponer sobre la vivienda habitual se necesita el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial.

---

<sup>283</sup> STS 6 de marzo de 2015, Rec. 2.427/2013, Fundamento de Derecho Cuarto.

### VIII. HABITACIONISTA

Siguiendo a LAMBEA RUEDA<sup>284</sup>, en desarrollo y concreción del art. 47 de la CE sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos encargados de garantizar este derecho desarrollan políticas variadas desde diversos ámbitos. La práctica de este desarrollo se ve afectada por el hecho de que el artículo no es vinculante en el sentido del capítulo II de la CE, y depende mucho de la voluntad de los entes públicos.

Las fórmulas de utilización de las viviendas parecen estar agotadas, no hay nuevas perspectivas, nuestro ordenamiento funciona con la dualidad propiedad-arrendamiento como únicas alternativas, con escaso desarrollo del segundo supuesto, ya que se prefiere la relación de propiedad con el inmueble antes que la cesión temporal del uso liderada por el arrendamiento.

Desde la legislación sobre viviendas baratas<sup>285</sup> iniciada en el año 1911 se han utilizado las fórmulas del acceso a la propiedad o el arrendamiento de las viviendas, o bien el acceso diferido a la propiedad a partir de éste. La situación puede esquematizarse de forma sencilla según se ceda la propiedad de la vivienda o el uso. La cesión puede realizarse respecto de la propiedad individual de la vivienda, o de propiedad colectiva. Las de uso y disfrute pueden ser de alquiler simple o alquiler atribución -combinan alquiler y propiedad individual posterior-.

Las novedades que la práctica ocasionalmente aporta no trascienden, a nadie interesan los modelos que funcionan en casos particulares, en regímenes jurídicos diferentes de la propiedad y el arrendamiento, como el uso, la habitación, el usufructo.

Y es que dicha autora propone en su interesante trabajo citado, en particular el régimen de los derechos de uso, habitación o usufructo como fórmula alternativa de cesión de uso de la vivienda.

En nuestro ordenamiento jurídico los Derechos de Uso y Habitación son Derechos Reales independientes del usufructo y diferentes entre sí, regulados en derecho común en el título VI del libro II del Código Civil "Del usufructo, del uso y de la habitación", en un capítulo aparte, el II: "del uso y de la habitación". Aunque en el estudio de la evolución histórica de dichos derechos podríamos pensar en su utilidad más bien escasa, no son pocas las figuras que, en distintos momentos, se

---

<sup>284</sup> LAMBEA RUEDA, A., Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2011, vol. 87, nº 728, Pp. 3.105 a 3.150.

<sup>285</sup> HIPÓLITO LANCHA, F., El derecho constitucional a una vivienda digna. El antes y el después. Beneficios y limitaciones de las viviendas de protección oficial en "Las cooperativas de viviendas en España", Publicaciones Universidad de Ávila, 2003, P. 47 y siguientes.

ven relanzadas en la práctica. Es el caso de estos Derechos Reales en cosa ajena; la situación económica de crisis puede favorecer su relanzamiento, como fórmula que proporciona la utilidad del bien requerida, con un menor coste para los sujetos, aunque con un vínculo jurídico más fuerte que el de los derechos de obligaciones.

## 1. NOTAS CARACTERÍSTICAS: VITALICIO Y GRATUITO. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS AFINES

LAMBEA RUEDA<sup>286</sup> expone que tanto el uso como la habitación pueden constituirse mediante negocio jurídico unilateral o bilateral, inter vivos o mortis causa, a título gratuito o bien oneroso. La jurisprudencia destaca como notas características que son derechos reales, en cosa ajena, temporales, su contenido es de interpretación restrictiva, son indivisibles, personales, no pueden modificarse por única voluntad del titular<sup>287</sup>. Además el art. 525 CC señala que los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título.

Anteriormente se afirmaba que no cabía constitución legal de dichos derechos, aunque esto en la actualidad es más discutible, especialmente desde la incorporación del “legado legal” o “sucesión a título particular por ministerio de la Ley” del nuevo art. 822.2<sup>288</sup> del CC, mediante el que se crea un derecho de habitación de origen legal. La profesora DONADO VARA<sup>289</sup> aclara que su finalidad es beneficiar a las personas con discapacidad con donaciones o legados voluntarios

---

<sup>286</sup> Ibid.

<sup>287</sup> DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., Derechos de uso y habitación en Comentarios al Código Civil, dir. Albaladejo, Díaz Alabart, tomo VII, vol. 1º, Edersa, Madrid 1992, Pp. 591 y siguientes.

<sup>288</sup> Art. 822 CC: “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuviesen conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los arts. 1.406 y 1.407 de este código, que coexistirán con el de habitación”.

<sup>289</sup> DONADO VARA, A., Apuntes sobre la protección de los niños con discapacidad en el sistema de sustituciones hereditarias: la reforma del artículo 782 del Código Civil español. En *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Ariel, 2006, Pp. 107 a 120.

de un derecho de habitación realizadas en su favor siempre que sean legitimarias del causante o donante y que convivieran con él en el momento de su fallecimiento. Este derecho de habitación que tendrá el discapacitado hasta el final de sus días será intransmisible. Del mismo modo, se establece un legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual donde conviviera con el causante al fallecer éste, en el caso de que no hubiera establecido nada al respecto, dado que entiende el legislador que el discapacitado está necesitado de protección y que, por las causas que fueran, si el causante así no lo dispuso, debe el legislador velar por sus intereses, permitiéndole ostentar un derecho de habitación en la vivienda donde hasta entonces vivía. Esto no impide que si otros descendientes del causante, discapacitados o no, residían bajo ese mismo techo, o también el cónyuge viudo, puedan continuar allí viviendo, ya sea con un derecho de propiedad, aunque gravado con el derecho de habitación, ya sea con un derecho de nuda propiedad los hijos y el cónyuge usufructo, aunque con esa carga del derecho de habitación.

El derecho de habitación, que es el que nos ocupa, es un derecho real en cosa ajena, o mejor en como lo define RAMS ALBESA<sup>290</sup>, casa ajena con finalidad exclusiva de alojamiento, con las mismas obligaciones y limitaciones que el usuario, o derecho de uso sin percepción de frutos, aplicado a la vivienda<sup>291</sup>. Requiere un acto expreso, más o menos solemne, que ha de probarse por quien lo alegue<sup>292</sup>. La habitación, a diferencia del uso, es singular y autoriza a ocupar las piezas necesarias, y no toda la casa como el uso. Son características del mismo la temporalidad, gratuidad e intransmisibilidad. La naturaleza del derecho de habitación fue discutida en el Derecho Romano, llegando a admitir el arrendamiento del mismo, pero no la cesión a título gratuito. La jurisprudencia ha matizado respecto del derecho de habitación: es temporal, en cosa ajena, no cabe pago de alquiler ni transmisión del derecho a un tercero, y la constitución debe realizarse por acto expreso más o menos solemne (que no sea precario), requiriendo su prueba al que lo alega.

El uso y la habitación difieren de otros derechos como el arrendamiento, los alimentos, las situaciones de precario y los préstamos de uso. La doctrina<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> RAMS ALBESA, J., "Uso, habitación y vivienda familiar", Tecnos, Madrid, 1987, P. 26, lo entiende como un derecho real en casa ajena, distinto de uso y usufructo para finalidad de alojamiento.

<sup>291</sup> Citando a ALBALADEJO Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R autor comentarios arts. 523 a 529 en "Comentarios al Código Civil", Thomson R-Aranzadi, Navarra, 2009, P. 661.

<sup>292</sup> DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., Derechos de uso y habitación en Comentarios al Código Civil, dir. Albaladejo, Díaz Alabart, tomo VII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, P. 631.

<sup>293</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., "Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 693, 2003, P. 122. En los mismos términos: DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., Derechos de uso y habitación en *Comentarios al Código Civil*, dir. Albaladejo, Díaz Alabart, tomo VII, vol. 1º, Edersa, Madrid 1992, P. 602.

advierde de caracteres esenciales de la habitación frente al arrendamiento: la protección más enérgica como derecho real, la estabilidad que no depende de contraprestaciones y la temporalidad. En caso de los alimentos, la diferencia más importante es que la habitación no requiere un estado de indigencia ni una necesidad familiar como base de su constitución. También debe distinguirse del precario, posesión tolerada que no constituye un derecho real, así como del comodato, préstamo gratuito de uso que atribuye un derecho personal y no real.

Podemos resumir como ideas clave de cada uno de los derechos de uso, con mayor aplicación a la vivienda, las siguientes:

El derecho de uso, concedido como goce y disfrute de cualquier bien mueble o inmueble, limitado por la necesidad del usuario, que podría aplicarse a los bienes inmuebles con destino de vivienda para habitarla. La compatibilidad de tal derecho con los supuestos de vivienda requiere excluir en la constitución del derecho, es decir a priori, otras finalidades, y advertir claramente de la intransmisibilidad de los frutos.

El derecho de habitación, atribuido sobre una casa, con finalidad exclusiva de alojamiento, sin percepción de frutos, autoriza a ocupar las piezas necesarias de la vivienda, de forma temporal, y en principio gratuita. La exigencia de gratuidad se presenta como un escollo. Se añaden al contenido del derecho el cumplimiento de las necesarias condiciones de habitabilidad exigibles en la actualidad respecto de cualquier vivienda.

El usufructo, derecho real de uso y disfrute de un mueble o inmueble ajeno, temporal y transmisible, parece de menor utilidad en los supuestos estudiados.

El régimen de cesión de vivienda a través de un derecho real de uso se beneficia de todas las ventajas citadas con relación al usufructo: más estabilidad, mayor protección, ausencia de especulación pero tiene como condición inseparable del objeto el uso exclusivo del mismo para vivienda.

También se utilizan en la práctica supuestos de cesión de derecho de habitación, oneroso, vitalicio e intransmisible.

La habitación proporciona ventajas de estabilidad, protección, etc. como derecho real indefinido y vitalicio pero temporal y, además, concreta la finalidad exclusiva de alojamiento y excluye el disfrute ajeno mediante la intransmisibilidad del derecho.

El art. 523 del CC dispone el siguiente orden de prelación de fuentes para los derechos de uso y habitación: 1º: Título constitutivo; 2º: Reglas del CC específicas del derecho de uso y habitación; 3º: Reglas del usufructo del CC.

En principio, los derechos de uso y habitación no son derechos de constitución legal y se constituyen generalmente mediante negocio jurídico (oneroso o gratuito, inter vivos o mortis causa) aunque también podrían a través de usucapión o adquisición a non domino.

Respecto de la constitución, tanto el derecho de habitación como el de uso son inscribibles en el Registro de la propiedad, como declara específicamente el art. 2, apartado 2, del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, aunque sin carácter obligatorio.

El habitacionista debe habitar por sí mismo, no por otro, considerando que en esta idea se incluye también su familia (los que viven con él, conviviente, etc.).

Tanto el uso como la habitación son derechos estrictamente personales, por lo que no cabe arrendamiento ni traspaso a otro (art. 525 CC); ni su transmisión, en general y de cualquier forma.

Además, el inmueble debe cumplir con las condiciones de habitabilidad, puesto que en la habitación el objeto del derecho se utiliza para habitarlo, alojarse, sin otra posibilidad, dentro de las necesidades familiares<sup>294</sup>. Se conceden facultades de goce, careciendo de poder de disposición. En la habitación en principio no se paga renta, ya que en caso contrario podría tratarse de un fraude de ley respecto de la legislación de arrendamientos<sup>295</sup>.

Los gastos se rigen por el art. 527 del CC, que distingue el supuesto de ocupación total de la casa, que obliga al habitacionista a abonar los ordinarios de conservación, de obtención de frutos naturales y las contribuciones igual que el usufructuario; del supuesto de ocupación parcial que exime de gastos si el propietario puede abonarlos con lo que obtenga del disfrute, pero si éstos no son bastantes requiere la participación en lo que falte del habitacionista.

Se pueden aplicar a la habitación los artículos relativos a la acción de reclamación del usufructo como el 486 CC, las reglas sobre las mejoras, el cuidado de las cosas, la prohibición de alteraciones de forma y sustancia, no así lo relativo a la cosa poseída en común o facultad de cobro de créditos que no se aplican al habitacionista.

Los derechos de uso y habitación se extinguen por las causas del usufructo, en virtud de la remisión del art. 529 del CC.

---

<sup>294</sup> Cfr. St. Audiencia Provincial de Tarragona 11 de octubre de 1996, rec. 316/1996.

<sup>295</sup> Sin embargo, hay quien opina que no en todos los casos se produce el fraude: Sobre el tema: RAMS ALBESA, J., "Del uso y la habitación". *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia tomo 1, Madrid 1993, P. 1.282 y siguientes. Advierte de que no siempre hay fraude: FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., "Del uso y la habitación". *Comentarios al Código Civil*, dir. Rams Albesa, Bosch, Barcelona 2004, P. 875.

Opina la doctrina<sup>296</sup> que alguna de las causas del art. 513 CC se aplica de forma más estricta a los derechos de uso y habitación, como en el caso de la inhabilidad de la casa para el supuesto de la habitación, que en el caso de uso precisaría ser ruina.

## 2. DERECHO DE HABITACIÓN (EMVS)

El derecho de habitación, anteriormente en cierto desuso, ha cobrado nueva vigencia en supuestos relacionados con discapacitados, al punto de la reforma del art. 822 del CC, así como en otros supuestos de personas mayores autónomas, en que favorece una fórmula habitacional más económica que el régimen de propiedad, pero no por ello menos interesante, especialmente por lo que se refiere a los usos de anejos con servicios acorde con sus necesidades.

Por ejemplo, los dos proyectos de viviendas protegidas destinados a los sectores más desfavorecidos y puestos en marcha recientemente por la EMVS, Red de Viviendas Solidarias y programas de viviendas para discapacitados (en colaboración con la Fundación ONCE)<sup>297</sup>.

Mas el supuesto práctico, que he conocido en mi trabajo en la mercantil municipal, y que quiero analizar en este apartado es el derecho de habitación vitalicio como consecuencia de un realojo, con motivo de la renovación del casco urbano, en personas habitualmente de edad avanzada y escasos recursos económicos para satisfacer su necesidad de vivienda. En dichos casos, se formalizaba por la EMVS una escritura de derecho de habitación, sobre una vivienda protegida propiedad de la referida mercantil, gratuito y vitalicio. Aunque, es preciso señalar, que el uso del derecho de habitación en esas circunstancias no es exclusivo y se puede compatibilizar con la adjudicación de una vivienda protegida en régimen de alquiler o compraventa a aquellos ocupantes realojados que cumplan los requisitos económicos y de otra índole necesarios para la adjudicación en el programa de que se trate.

---

<sup>296</sup> RAMS ALBESA, J., "Uso, habitación y vivienda familiar". Tecnos. Madrid, 1987, P. 92.

<sup>297</sup> Vid. mi trabajo "Viviendas solidarias y discapacidad: particularidades y cuestiones controvertidas sobre la cesión de la vivienda protegida" en *R.E.D.S.*, núm. 5, julio-diciembre 2014, Pp. 112 a 144.



A) REGENERACION URBANA Y REALOJO

FEIJÓO MIRANDA<sup>298</sup>, nos ilustra la situación, diciendo que el desarrollo de las ciudades comporta una integral transformación o renovación de zonas o barrios degradados, envejecidos e inadaptados a los servicios y estructuras requeridos por las actividades económicas y sociales actuales. Estas actuaciones de transformación y regeneración exigen el derribo de aquellas edificaciones incompatibles con la ordenación urbanística de nueva implantación, lo que conduce al desalojo y reubicación de sus ocupantes, de comprensible complejidad por las graves consecuencias que de ello se derivan cuando se trata de viviendas habitadas.

En el derecho español, así estatal como de las Comunidades Autónomas, no podemos encontrar una explícita definición de lo que ha de considerarse como derechos de realojo y retorno, implícitamente diferenciados en todos los textos legales que desde la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana<sup>299</sup>, se han ocupado, bien que de una manera superficial, de abordar las consecuencias de la demolición o rehabilitación de inmuebles de uso residencial en el curso de la ejecución del planeamiento.

FUENTES LOJO<sup>300</sup> aborda las notas características del derecho de retorno, lo que permite diferenciarlo del derecho al realojamiento, señalando que: a) No es un derecho real, pero ello no es óbice para su acceso al Registro de la Propiedad, ni para su protección registral; b) Es un derecho de crédito en el marco de la relación contractual de arrendamiento y para el supuesto concreto de derribo de la finca arrendada para su reedificación; c) El derecho del arrendatario y el correlativo deber del arrendador forman una relación obligatoria *propter rem*, ya que la prestación que constituye su objeto ha de ser cumplida por la persona que en cada momento sea propietaria del inmueble; d) Que, salvo pacto en contrario, su duración no es limitada, al margen de que su “vida registral sí lo sea”; e) Que al margen de su configuración legal, cabe un retorno convencional, bien cuando el arrendatario no tiene derecho a él, bien cuando existiendo el derecho prefieren las partes concertar su ejercicio en condiciones diversas.

---

<sup>298</sup> FEIJÓO MIRANDA, A., Protección de los ocupantes de viviendas ante la insuficiente y heterogénea regulación del derecho de realojamiento en el Derecho español. En *Anales de la Facultad de Derecho*. Servicio de Publicaciones, 2011, P. 167 a 185.

<sup>299</sup> Vigente hasta el 27 de junio de 2008 y sustituido por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la ley de suelo.

<sup>300</sup> FUENTES LOJO, J. V., *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*, J. M. Bosch Editor S. A., Barcelona, 1996, P. 1.836.

Cabe concluir con FEIJÓO MIRANDA que el derecho de realojo es el que corresponde al ocupante legal de una vivienda, con exclusión de los locales de negocio, cuando como consecuencia de una actuación urbanística, sea o no expropiatoria, se vea obligado a su desalojo previo a su demolición o rehabilitación integral, con excepción de aquellas intervenciones aisladas o asistemáticas no expropiatorias, que únicamente confieren a los inquilinos el derecho a retornar al inmueble reedificado o rehabilitado.

Es incuestionable que el desalojo y derribo de viviendas ocupadas en el marco de actuaciones urbanísticas sistemáticas se concibe como parte del imperativo legal de urbanizar en ejecución del planeamiento que delimita el derecho de propiedad, perfectamente incardinable en su función social y que, en consecuencia, puede considerarse como un deber constitucional que condiciona y modula el contenido del dominio (art. 33.2 CE)<sup>301</sup>.

Aunque, si bien es cierto y como señala MARTÍNEZ BOROBIO<sup>302</sup> que el legislador autonómico ha prestado escasa atención a esta cuestión, en gran medida, porque la plusvalía generada por la urbanización y edificación del suelo ha determinado que, con frecuencia, el propietario de la parcela objeto de actuación urbanística obtenga un beneficio de ésta, de participar en ella, o una contraprestación por su cesión o enajenación en caso de no hacerlo, que satisfaga con creces su necesidad de disponer de una nueva vivienda, bien en el mismo ámbito o en otro diferente.

En efecto, la mercantil local como órgano técnico en materia de vivienda del Ayuntamiento de Madrid se viene ocupando del realojamiento de aquellas personas que la ordenación urbanística de Madrid genera. Y aquí, es donde precisamente se enmarca el derecho de habitación.

Como señala FEIJÓO MIRANDA el deber de garantizar el realojo incumbe al promotor de la actuación, ambigua expresión que nos obliga a distinguir según se deba a la iniciativa pública o privada, o más exactamente, según asuma o no la Administración competente el protagonismo y la dirección de la gestión urbanística, en función de los distintos sistemas de ejecución del planeamiento regulados por la legislación autonómica en cada supuesto aplicable. Mas dicho deber, no es exactamente el de realojar a los ocupantes legales que a ello tengan derecho, sino el de garantizar ese realojamiento en las condiciones que debe determinar la legislación en cada caso aplicable.

---

<sup>301</sup> Cfr. STC 61/1997, de 20 de marzo de 1997, Recursos de inconstitucionalidad 2.477/1990, 2.479/1990, 2.481/1990, 2.486/1990, 2.487/1990 y 2.488/1990 (acumulados), que además, en su fundamento jurídico décimo, establece que *la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio*.

<sup>302</sup> MARTÍNEZ BOROBIO, D., *Derechos de realojo y retorno en la Gestión Urbanística*, Montecorvo, Madrid, 2006, P. 41.

BUSTILLO BOLADO<sup>303</sup> se hace eco de la trascendencia de los convenios de gestión, formalizados usualmente entre promotores y Ayuntamientos, para encauzar el derecho de realojamiento y garantizar su efectividad, sin duda a falta de una regulación que proporcione la debida seguridad jurídica (Tal es el caso, de la EMVS cuando las operaciones urbanísticas son promovidas directamente por el Ayuntamiento). En virtud de estos convenios los promotores de las actuaciones urbanísticas se comprometen, a cambio de determinadas ventajas, a garantizar una solución de alojamiento provisional, hasta la culminación de las nuevas edificaciones, y a facilitar la reubicación de los afectados en las viviendas de nueva construcción, en condiciones económicas que habrán de quedar al efecto definidas.

Concluye FEIJÓO MIRANDA señalando en cuanto a la protección registral del derecho de realojamiento y retorno, que considera necesaria la reforma de la legislación hipotecaria, que en la actualidad previene tan sólo la constancia en el Registro de la Propiedad y mediante nota marginal del retorno regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos<sup>304</sup>. Así mismo, que se hace preciso acometer con rigor una reforma de la Ley de Suelo del Estado, a fin de que la proclamación retórica del deber de realojamiento y retorno que contiene sea sustituida por una regulación comprensiva de los elementos esenciales, tales como supuestos en que han de garantizarse, y régimen básico de las condiciones económicas en que se ha de facilitar la adquisición o arrendamiento de la vivienda al realojado, en consonancia con la finalidad claramente compensatoria del realojo, y sin perjuicio de que este régimen común y primario sea objeto del imprescindible desarrollo por el legislador autonómico.

### B) SUPUESTO PRÁCTICO: CESIÓN ILEGAL DE DERECHO DE USO Y/O HABITACIÓN

La mercantil municipal, en su condición de dueña de la vivienda social correspondiente, procedió a su adjudicación en derecho de uso y/o habitación, en pago de derechos de realojo de operaciones de regeneración urbana u ordenación urbanística, resultando que, en unos casos, no habitaba la vivienda su beneficiario y en otros casos, la ocupaba un tercero como consecuencia de una cesión no consentida.

---

<sup>303</sup> BUSTILLO BOLADO, R. O. y CUERNO LLATA, J. R., Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares, Aranzadi, Navarra, 2001, P. 184.

<sup>304</sup> Cfr. Art. 15 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

La EMVS interpone las acciones judiciales oportunas que concluyen en sentencias<sup>305</sup> favorables a la misma, que en síntesis establecen que: acreditado que el demandado ya no reside en la vivienda cuyo uso le fue adjudicado y conforme a la estipulación tercera del contrato, es causa de extinción del derecho de uso y habitación el abandonar la vivienda o residir fuera de ella más de tres meses sin causa justificada, debe estimarse la demanda, declarando en consecuencia la resolución del contrato de habitación y decretando el desahucio del demandado, apercibiéndole de lanzamiento e imponiéndole las costas.

O bien, de conformidad a los arts. 524 y siguientes del CC y a los efectos de la estipulación cuarta párrafo segundo que establece como causa de resolución el que no se habite la vivienda durante más de tres meses, y en virtud a lo establecido en el art. 523 CC que recoge como causa de extinción las que se hubieran fijado en el título constitutivo, procede estimar la demanda en su integridad.

La interesante sentencia<sup>306</sup> de la Audiencia de Madrid analiza la naturaleza del contrato de realojo y la normativa aplicable al mismo. Paradójicamente, con las mismas mimbres jurídicas, cual es básicamente arrendamiento de vivienda protegida que se remite al Decreto 100/1986, esta Sección Vigésima revoca la sentencia de primera instancia para estimar la demanda de desahucio por expiración del término interpuesta por la mercantil local y viceversa en el caso de la Sección Decimonovena, con una sentencia<sup>307</sup> analizada en el Capítulo Séptimo, apartado II del presente trabajo.

El juicio verbal del que trae causa el recurso se inició por demanda de desahucio por causa de expiración del término presentada por EMVS frente al demandado con relación al contrato de arrendamiento suscrito entre ambas partes el 1 de marzo de 2007 con la finalidad de facilitar el realojo provisional del arrendatario.

La sentencia de instancia desestima la pretensión de la arrendadora demandante. Considera extemporánea la alegación de que el arrendamiento sea de temporada por no estar contenida en la demanda y haberse efectuado 'ex novo' en el juicio, aparte de ser contraria a la estipulación 3ª del contrato de arrendamiento en la que se estableció la prórroga hasta un máximo de 18 meses si transcurrido el plazo de un año no hubiesen concluido las obras de rehabilitación del edificio del que fue desalojado el arrendatario, obras que no han concluido. Además, recuerda que resulta de aplicación al caso el art. 3 del Decreto 100/1986, precepto que establece que "La duración de los contratos de arrendamiento de las viviendas de Promoción Pública será de dos años, y se prorrogará por períodos bianuales sucesivos, en el

---

<sup>305</sup> Cfr. St. 23 de mayo de 2008, del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Madrid y St. 20 de mayo de 2008 del Juzgado de Primera Instancia Nº 77 de Madrid.

<sup>306</sup> Cfr. St. 29 de enero de 2014, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Vigésima, rec. 448/2012.

<sup>307</sup> St. 25 de junio de 2014, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Decimonovena, rec. 306/2014.

caso de que el arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el art. 1 del citado Decreto y no sea titular o posea otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid”.

La apelante expresa su desacuerdo con la sentencia de instancia porque, a su juicio, yerra en la valoración de la prueba en lo que se refiere a tres aspectos:

1º.- No considerar el contrato de realojo como arrendamiento de temporada.

2º.- Aplicación al caso del Decreto 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública de la Comunidad de Madrid

3º.- Cumplimiento por el demandado de sus obligaciones contractuales.

Por lo que se refiere a si el arrendamiento debe o no ser calificado de temporada, se debe partir de que, tal como se hace constar en el contrato, tiene por finalidad el realojo provisional de los ocupantes del edificio, ocupantes entre los que se encontraba el demandado y que fueron inmediatamente desalojados por motivos de seguridad. Se trata así de un contrato de naturaleza administrativa y de vigencia temporal, razón por la que debe ser excluida la aplicación al caso de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, como establece su art. 3, en favor del Código Civil y, en su caso, de las normas administrativas que resulten de aplicación, entre las que no se encuentra el citado Decreto 100/1986 cuya disposición adicional primera establece las zonas o “poblados” afectados por operaciones de renovación o rehabilitación que en el distrito de Villaverde incluye únicamente el Poblado de Absorción, sin que esté comprendido en el ámbito de aplicación de esta norma en el que residía el arrendatario realojado.

La inclusión del arrendamiento que nos ocupa dentro de la tipología de los arrendamientos de temporada ha sido aceptada por varias resoluciones de esta Audiencia Provincial de Madrid, con las consecuencias inherentes a ello, que no son otras que su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En este sentido cabe aludir a la sentencia de la Sección 13ª de 16 de mayo de 2013 (recurso 100/2013): *El arrendamiento no se ajusta al régimen general de arrendamiento de viviendas, sino que es, por su conformación inicial, un arrendamiento de temporada, a los efectos de satisfacción de un fin determinado y por un tiempo previamente establecido, sin aplicabilidad de lo previsto en los artículos 9 y 10 de Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, rigiéndose por las normas a que se remite el artículo 3 de la misma ley para los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra (en este caso, para el tiempo que haya de emplearse en las obras de rehabilitación de otra vivienda, que se desocupa por el inquilino que es realojado, con duración máxima predeterminada en el contrato), esto es, las fuentes por las que se rigen los arrendamientos para uso distinto de vivienda, que son la voluntad de las partes, en*

*su defecto lo dispuesto en el título III de la ley arrendaticia de 1994 y, supletoriamente, el Código Civil (artículo 2, apartado tres, de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente), de modo que procede la resolución del arrendamiento de estos autos, al haber transcurrido el año y los 18 meses de prórroga pactados, por lo que ha de darse lugar al desahucio instado por la arrendadora, al amparo del artículo 1.569, primera, del Código Civil. También Sentencia de la Sección 8ª de 4 de marzo de 2013.*

A partir del criterio expuesto, este Tribunal entiende que, en lo que se refiere a la vigencia del arrendamiento cuestionado, corresponde estar a lo pactado bajo los requerimientos del Código Civil pues no existe norma administrativa que resulte de aplicación al caso.

En la estipulación tercera del contrato de arrendamiento por causa de realojo de 1 de marzo de 2007 se convino: *Tercera.- La cesión de dicha vivienda se hace en régimen de arrendamiento por un plazo de duración de un año, a contar desde la fecha del presente contrato, fecha en la que, así mismo, se le hace entrega de la posesión de la vivienda de realojo.*

*Llegada la fecha de vencimiento del arrendamiento, si no se hubieran concluido las obras del edificio y, en concreto de la vivienda, se prorrogará el arrendamiento por meses hasta un máximo de 18 mensualidades.*

Desde la literalidad de la transcrita cláusula se debe entender que transcurrido el primer año -a partir del 1 de marzo de 2008- el contrato se prorrogó hasta un máximo de 18 mensualidades. Esta prórroga excepcional de 18 meses aquí transcurrió desde octubre de 2009 y, en consecuencia, dos años antes de la presentación de la demanda que ha dado origen a este juicio (25 de noviembre de 2011). Tras esta prórroga, conforme a lo establecido en los arts. 1.566 y 1.581 del Código Civil, únicamente se puede entender que ha existido tácita reconducción mes tras mes al ser el pago de la renta de periodicidad mensual, conforme a la cláusula cuarta del contrato. Previamente, el 2 de marzo de 2011, la apelante comunicó por carta al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato, dándolo por vencido, requiriéndole de desalojo y comunicándole, además, que mantenía una deuda acumulada con la comunidad de propietarios de 382,66 euros.

En otro orden de cosas, no apreciamos impedimento en incluir en el debate y objeto del proceso lo concerniente a la naturaleza del arrendamiento que nos ocupa, y particularmente si es o no de temporada, cuestión eminentemente jurídica como adujo la demandante en el acto de juicio. Y ello porque forma parte esencial del objeto del proceso definido en la demanda y de la prueba practicada.

No hay que olvidar que por el llamado principio *iura novit curia* es misión de las partes en el juicio únicamente la de probar los hechos que sirvan de soporte a sus pretensiones de acuerdo con los criterios del *onus probandi* que establece el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que el tribunal esté vinculado por sus alegaciones jurídicas, como con claridad recuerda el apartado 1 del art. 218 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que exhorta al tribunal a decidir “conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Por último, como expusimos en la sentencia de esta Sección 20<sup>a</sup> de 13 de noviembre de 2013 (recurso 493/2013): *La finalidad social perseguida por la EMVS, no permite amparar la ocupación de una vivienda de protección pública fuera del procedimiento establecido para su adjudicación, aun cuando la ocupante, como parece ser el caso, esté en una posición económica precaria. Desgraciadamente esta situación es más que frecuente, y, ante la demanda social, corresponde a las entidades públicas, con sujeción a los procedimientos legalmente establecidos, adjudicar las viviendas disponibles a aquéllos que deben ser objeto de mayor protección”.*

Por lo expuesto en los dos ordinales previos, se impone la estimación del recurso, decisión que aboca a revocar la sentencia de instancia, dictando otra en su lugar por la que se estima la demanda de desahucio interpuesta declarando haber lugar al desahucio interesado.

### C) SUPUESTO PRÁCTICO: FINALIZACIÓN DEL REALOJO.

En el caso que refiero a continuación, la rehabilitación de una vivienda que no era habitable, generó un realojo temporal en la misma zona hasta que finalizaran tales obras, que asumió la mercantil municipal. Finalizadas éstas, el realojado se niega a abandonar la vivienda, por lo que la EMVS acciona para que se declare extinguida la relación locativa que sustentaba dicho realojo.

Por la representación procesal del inquilino realojado se impugna la sentencia dictada en primera instancia por entender que se infringe el artículo 26 LAU, en relación con el artículo 1.569 CC, al entender que la causa del contrato de arrendamiento fueron las obras que se iban a ejecutar en la vivienda de la que el ahora apelante era arrendatario, dada la necesidad de realojar a dichos inquilinos como consecuencia de la necesidad de ejecución de dichas obras, y por lo tanto quedar en suspenso el contrato de arrendamiento en relación a la vivienda de la que era inquilino el apelante.

Se alega que si bien se han acabado las obras de rehabilitación en la vivienda arrendada, el apelante no ha podido volver a ocupar su vivienda arrendada por haberla ocupado el propietario, incumpliendo el contrato de arrendamiento, por lo que no ha desaparecido la causa por la que se suscribió el contrato de arrendamiento con la EMVS en relación a la vivienda ocupada por el ahora apelante.

Si bien es cierto que tanto en la demanda como en la sentencia apelada se resuelve el contrato con aplicación exclusiva de la ley de arrendamientos urbanos de 1994, no se puede desconocer que la vivienda sobre la que se pretende resolver el

contrato, es una vivienda de protección oficial, y por lo tanto el régimen jurídico de dichas viviendas es el recogido en el Real-Decreto 2960/1976 de 12 de noviembre que remite como causa de resolución del contrato de arrendamiento de las viviendas de protección oficial a las mismas causas que en la legislación común y además por la carencia de título para la ocupación de la vivienda, e igualmente se recoge estas mismas causas en el artículo 138 del Decreto 2114/1968, de 24 julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial.

Del examen de los autos, así como de las pruebas practicadas ha quedado acreditado que el contrato de arrendamiento suscrito entre la EMVS y el demandado, tenía una finalidad concreta y específica, como era dotar de vivienda al ahora apelante durante el tiempo que duraran las obras de rehabilitación de la vivienda de la que era arrendatario, fijando la duración contrato en un año, y para el caso de que no se hubieran terminado las obras en ese periodo se preveía que el contrato se prorrogara por meses, hasta un máximo de 18 meses.

Siendo también un hecho no discutido en esta alzada que las obras de rehabilitación de la vivienda de la que era arrendatario el apelante ya estaban concluidas a la fecha de presentación de la demanda, debe entenderse que concurre la causa de resolución alegada en especial la prevista en el artículo 27.1 de la LAU, toda vez que desaparecida la causa por la que se otorgó el uso de la vivienda en concepto de arrendatario, el demandado carece de título alguno que legitime su posesión, en la medida que el contrato debe entenderse resuelto desde el momento en que se terminaron las obras de rehabilitación de la vivienda por el arrendada.

No cabe entender que se infrinja el artículo 26 de la ley de arrendamientos urbanos, toda vez que en el caso de obras en la vivienda arrendada acordadas por una autoridad competente que la hagan inhabitable se concede al arrendatario la facultad de resolver el contrato, o bien optar a su suspensión durante el tiempo que dure la obra, pero en el caso que el arrendatario haya optado por la suspensión del contrato, la obligación de devolver la posesión al arrendatario una vez terminada la obra es del arrendador nunca de la administración que haya podido ordenar la ejecución de las obras, pues el hecho de que facilite el realojo del inquilino durante el tiempo de suspensión del contrato de arrendamiento a través del arrendamiento de una vivienda de titularidad pública, deba implicar sin más que el hecho de que el arrendador no haya cumplido con la obligación de restitución, deba la EMVS mantener indefinidamente el contrato de arrendamiento a favor del inquilino por el incumplimiento en su caso del arrendador de devolver la posesión de la vivienda rehabilitada al inquilino, cuando no consta ni siquiera que el ahora apelante haya reclamado al arrendador que le devuelva la posesión de la vivienda, y cuando tampoco se ha probado que la vivienda este ocupada por el arrendador, como se alega por la parte apelante.



**IX. USUCAPIÓN. EL ARRENDAMIENTO NO ES UN DERECHO REAL, PERO SÍ LA POSESIÓN QUE IMPLICA**

Para MORALES MORENO<sup>308</sup> la usucapión es un modo de adquirir la propiedad y los demás derechos reales por la posesión continuada en el tiempo con los requisitos que marca la ley (arts. 609, 1.930 CC). Como modo de adquirir, la usucapión supone, por un lado, la atribución del dominio o de un derecho real a quien ha sido poseedor, bajo determinadas condiciones, durante cierto tiempo. Pero de otro lado, la usucapión determina también, necesariamente, la pérdida del derecho por el propietario que se ha mantenido pasivo ante la posesión del usucapiente.

Pero, en opinión de LACRUZ BERDEJO<sup>309</sup>, el legislador no disciplina el arrendamiento como contrato creador de *iura in re aliena*, sino de un tejido de relaciones personales; y a la duración y firmeza de la posición del arrendatario se llega combinando la posesión del arrendador (protegida por los remedios posesorios) con el mantenimiento de las relaciones contractuales frente a la persona del propietario de la finca; sea éste quien fuere, cualquier nuevo adquirente de ella asume *ope legis* la posición de arrendador en el contrato de arrendamiento. El derecho arrendaticio no se adquiere por usucapión y tampoco le afecta el régimen de la prescripción extintiva de los derechos reales.

Pero ciertamente el arrendamiento tiene un derecho real, y por tanto protegido *erga omnes*, mas este derecho no es de arrendamiento, sino el de posesión; el producido por la tenencia de la cosa, que cabe defender mediante acciones incontestablemente reales, pero que se corresponden, no al arrendatario en cuanto tal, sino a “todo poseedor” (art. 446 CC).

Siguiendo MORALES MORENO, el CC regula la usucapión dentro de una figura más amplia, la prescripción (arts. 1.930 y siguientes), en la que diferencia dos manifestaciones: la prescripción adquisitiva (usucapión) y la extintiva. Por la primera *se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y los demás derechos reales*; por la prescripción extintiva *se extinguen del propio modo los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean*.

Según el art. 1.931 CC, *pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos*.

---

<sup>308</sup> MORALES MORENO, A. M., La usucapión. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, nº 3, Pp. 175 a 204.

<sup>309</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil, T. III Derechos Reales, vol. 1 Posesión y Propiedad, 2003, P. 10.

En la medida en que los bienes del dominio público se hallan sustraídos al comercio de los hombres, no son susceptibles de usucapión. El ámbito de aplicación de la usucapión hemos de circunscribirlo, en principio, a los derechos reales, quedando fuera los derechos de crédito (por ejemplo: arrendamiento). Pero también es cierto que derechos de crédito como el de arrendamiento, que consideramos no susceptibles de ser adquiridos por usucapión en nuestro ordenamiento, podrían serlo si el legislador lo estimara necesario<sup>310</sup>.

La *usucapión ordinaria* tiene por función corregir, en una adquisición derivativa del dominio u otro derecho real, la falta de transmisión provocada por el hecho de que el transmitente no sea titular. Por eso, además de la posesión, requiere buena fe y justo título. La ventaja que ofrece la usucapión ordinaria es que el tiempo de posesión requerido es más corto que el de la usucapión extraordinaria. La *usucapión extraordinaria* sólo requiere posesión y tiempo; pero un tiempo superior al de la usucapión ordinaria.

La posesión, continuada durante cierto tiempo, es un requisito necesario en toda manifestación de la usucapión (art. 1.940 CC). La posesión que conduce a la usucapión *ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida* (art. 1.941 CC).

Se denomina *interversión* (inversión) de la posesión al cambio en el concepto posesorio; mediante ella se puede transformar una posesión que no es en concepto de dueño, en posesión en concepto de tal (por ej. la posesión del arrendatario o del depositario se transforma en posesión en concepto de dueño).

La *inversión unilateral* proviene de un acto de oposición del poseedor inferior al poseedor superior, por ejemplo: el arrendatario se atribuye la posesión en concepto de dueño. La inversión unilateral constituye un acto antijurídico, de características similares al despojo. Aunque no medie violencia material es un atentado contra el orden posesorio.

La *inversión bilateral* se produce por virtud de un nuevo título o negocio, por virtud del cual se cambia el concepto posesorio. Así, por ejemplo, si el arrendatario (poseedor que no es en concepto de dueño) compra la cosa a un tercero.

La *inversión impuesta* es la que resulta de una *sentencia título* que provoca el cambio en el concepto en el que el demandado tiene la posesión o que fija el verdadero derecho del demandado.

La usucapión ordinaria de bienes inmuebles requiere de diez años entre presentes (estando presente el propietario afectado) y veinte *entre ausentes* (art. 1.957CC); se considera ausente al propietario que *reside en el extranjero o en ultramar*. La usucapión extraordinaria de bienes de inmuebles treinta años (art. 1.959 CC).

---

<sup>310</sup> vid. Art. 13.2 LAU.

El título y la posesión determinan el derecho adquirido por usucapión. La adquisición por usucapión se produce de modo automático (*ipso iure*), una vez que se completan los elementos de su supuesto, y puede ser utilizada tanto en el ejercicio de una acción (reivindicatoria, declarativa del dominio) como en vía de excepción (frente a la reivindicatoria del anterior propietario).

La usucapión no es apreciable de oficio por el juez o tribunal (aunque se trate de la usucapión extraordinaria, que no requiere título), y debe ser alegada y probada por el sujeto a quien favorece. Así se reitera en la doctrina y en la jurisprudencia.

La usucapión *secundum tabulas* es la amparada por el artículo 35 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, en cuanto a las ventajas que ofrece la LH en orden a la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito. Es una presunción que admite prueba en contrario.

La usucapión *contra tabulas*, que regula el artículo 36 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, existe cuando la adquisición por usucapión entra en conflicto con la protección que el Registro ofrece al tercero, conforme al artículo 34 del mismo cuerpo legal.

En el presente caso del TS<sup>311</sup> se pretende una usucapión "contra tabulas" ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca que ostenta la condición de tercero hipotecario, por aquélla que se dice poseedora sin título inscrito, si bien su posesión es de fecha anterior a la de la inscripción registral del titular protegido, y estas circunstancias hacen inmune al tercer hipotecario frente a la usucapión ordinaria pretendida, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1992 el artículo 1.949 CC es terminante y no permite vacilaciones hermenéuticas: el tiempo empieza a correr desde la inscripción del segundo título.

No obstante en dicho caso, efectivamente conoció la demandante la posesión de que disfrutaba la demandada, pero se especificó en el contrato de compraventa que era "arrendataria", lo que excluye la posesión en concepto de dueño, y buena prueba de ello viene dada por el compromiso que adquirían los vendedores de lograr su desahucio para poner al comprador en la definitiva y libre posesión de todo el inmueble.

Respecto a la incompatibilidad del artículo 1.949 del Código Civil con el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, el primero dispone, desde su redacción original, que *contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo*, mientras que el artículo 36 de la Ley Hipotecaria establece que *frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo*

---

<sup>311</sup> STS 21 de enero de 2014, rec. 916/2011.

*treinta y cuatro, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición.*

“Pues bien, aun cuando esta Sala ha hecho mención del artículo 1.949 del Código Civil en sentencias como las de 28 de febrero de 2001 (RC 2589/1996 ) y 20 de febrero de 2007 (RC núm. 390/2000 ), sin descartar su vigencia, lo ha hecho de modo incidental pues en los casos allí contemplados no dependía de su aplicación el resultado del proceso, lo que no ocurre en el presente ya que la *ratio decidendi* de la sentencia hoy impugnada viene dada precisamente por la aplicación al caso de dicho precepto. Ello conduce a esta Sala a adoptar una posición respecto de su actual vigencia.

Sobre ello consideramos que el artículo 1.949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la Ley Hipotecaria de 1946 que regula los distintos supuestos de usucapión *contra tabulas*” .

#### 1. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE VIVIENDA. SUPUESTO PRÁCTICO: ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO

El art. 33 de nuestra Constitución reconoce y ampara el derecho subjetivo a la propiedad privada, que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, sin otras limitaciones que la Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos de terceros o el interés general<sup>312</sup>. Así se consolida y adquiere rango constitucional el derecho real ya definido en el artículo 348 del CC, como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes.

Al titular del anterior derecho el ordenamiento jurídico le concede diversas acciones para su defensa, en función de la perturbación sufrida, entre ellas, las dos más características la acción reivindicatoria y la acción meramente declarativa de dominio.

---

<sup>312</sup> Cfr. St. Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 13, 14 de junio de 2006, que recoge, a su vez, la STC 37/1986, 26 de marzo, sobre cuestión de inconstitucionalidad, STC 156/1995, 26 de octubre, recurso de inconstitucionalidad y STC 61/1997, 20 de marzo, recurso de inconstitucionalidad, entre otras.

Pues bien, esta última es la que aquí se ejercita por los propietarios y poseedores de la cosa frente a los terceros que discuten su derecho dominical o se lo atribuyen, a fin de obtener la declaración judicial de pertenencia del derecho de propiedad según las especificaciones del título que ostentan.

La acción declarativa de propiedad exige los mismos requisitos que la reivindicatoria, a excepción de que el demandado esté poseyendo de hecho el inmueble o finca que se reclama.

Estos requisitos son los siguientes:

- a) Que el actor tenga la condición de propietario y pruebe, como condición *sine qua non*, el título de dominio sobre el objeto que considera de su pertenencia<sup>313</sup>.
- b) Que el demandado sea quien cuestiona el derecho dominical del actor, desconociéndolo o atribuyéndoselo, aunque sin la realización de actos materiales de posesión.
- c) Que el objeto o cosa a reivindicar esté totalmente identificado y delimitado, de un modo concreto y determinado, y que esa cosa sea la misma que cuestiona el sujeto pasivo de la acción declarativa<sup>314</sup>.
- d) Que los efectos de la acción se concreten en una pretensión de declaración judicial de que el demandante es el propietario de la cosa
- e) Que no haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción, que para los bienes muebles es de seis años y para los inmuebles es de treinta años.

Habida cuenta que la realidad supera muchas veces la ficción, esto le ocurrió a la mercantil municipal de vivienda de Madrid, cuando un adjudicatario de la EMVS, en régimen de arrendamiento de una vivienda con protección pública, se “anexó” (por llamarlo de alguna forma) a su vivienda un inmueble contiguo propiedad de la mencionada sociedad. Ante dicha agresión por vía de los hechos a los intereses de la que fue mi representada, solo cabía interponer la correspondiente acción declarativa de dominio sobre dicho inmueble, que tras la oportuna tramitación judicial, derivó en una sentencia firme que puso las cosas en su sitio y condenó al demandado a que cesara en la perturbación sobre el inmueble propiedad de mi patrocinada.

En efecto, la EMVS, acredita ser la legítima propietaria de la vivienda con la información registral expedida por el oportuno Registro de Propiedad. Así mismo, abona los impuestos sobre bienes inmuebles correspondientes, hecho acreditado

---

<sup>313</sup> Cfr. SSTS 26 de marzo de 1976, 23 de septiembre de 1998, 26 de mayo de 2000, 5 de julio de 2012, 12 de julio de 2012 y 24 de enero de 2003.

<sup>314</sup> Cfr. SSTS 16 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991, 10 de junio de 1993, 30 de enero de 1995, 9 de julio de 1996, 16 de octubre de 1998, 1 de febrero de 2000, 25 de mayo de 2000 y 22 de noviembre de 2002.

con los recibos de los últimos años, que se acompañan también a la demanda de procedimiento ordinario.

En los Hechos de dicha demanda se refleja que en fecha 16 de Enero de 2013, la EMVS ha tenido conocimiento, a través de dos Informes de Inspección, que la vivienda meritada, propiedad de mi mandante, fue unida a la vivienda en la que reside el demandado, sellando así mismo la cerradura de la vivienda propiedad de la EMVS, lo que impide el acceso a la misma, salvo por el interior de la vivienda del ahora demandado.

Por todos los indicios, la parte actora entendió que el demandado demolió la pared o paramento medianero entre las viviendas, extremo éste reconocido tácitamente por el demandado, según se desprende de los informes de inspección aportados.

Por tanto, el inmueble contiguo a la vivienda es poseído por el demandado sin que concurra en él título alguno habilitante para ello, sin que jamás mediara contrato de arrendamiento u otro similar justificativo de la posesión de la parte demandada.

El objeto de la reivindicación es la finca propiedad de mi mandante, poseída y detentada por el demandado sin ser tolerado por la EMVS ni percibir ésta retribución de ningún género, como se desprende de las propias declaraciones del demandado, recogidas en los informes de inspección. Mediante la demanda se pretende la adquisición de la posesión de la finca litigiosa, para su efectivo y pleno uso y disfrute por parte de nuestro representado y patrocinado, único titular de la misma, ya que la ocupación ilegítima por el demandado respecto de su posesión, debe terminar al no ser su continuación hoy deseada por el actor, por no existir ninguna razón o causa jurídica en contrario.

La actitud del demandado es contraria a derecho, toda vez que la vivienda cuya declaración de dominio se ejercita, pertenece a mi representado y no al demandado, y las actuaciones que el mismo ha llevado a cabo sobre ella obstaculizan el acceso a su propiedad de mi representado.

Mi representada ha intentado que el demandado cesase en la perturbación de su propiedad.

Al objeto de recobrar la posesión de la finca de su propiedad, mi mandante envió a sus inspectores a este objeto (como detallan los informes de inspección aportados), no recibiendo voluntariamente la posesión del demandado y debido a que el mismo se irrogaba la condición de propietario de la finca inscrita a nombre de mi representado, quien es auténtico titular dominical.

Sin embargo, han fracasado las gestiones extrajudiciales intentadas frente al demandado, por lo que nos vemos en la precisión de formalizar la presente reclamación judicial.

Resultan de aplicación a los hechos antecedentes los siguientes fundamentos legales:

a) Jurisdicción y competencia. Corresponde el conocimiento de este litigio a la Jurisdicción Civil conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 9 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Art. 45 de la LEC, en cuanto a la competencia objetiva. Resulta competente territorialmente el tribunal donde radica la finca objeto del presente litigio, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1.1.º de la LEC corresponde a ese Juzgado el conocimiento del litigio.

b) Capacidad y representación. Ambos litigantes ostentan capacidad procesal a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Mi mandante interviene representada por Procurador y bajo dirección de Letrado, según resulta preceptivo, con arreglo a lo previsto en los artículos 23 y 31 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

c) Legitimación. Está legitimado activamente mi mandante dada su condición de propietario del inmueble cuya declaración de dominio se ejercita. La legitimación pasiva del demandado viene determinada por ser éste quien ha perturbado la propiedad de mi representada a pesar de lo injustificado de su proceder.

d) Cuantía. A los efectos previstos en el artículo 253 de la LEC, viene determinada por el valor del inmueble sobre la que se ejercita la presente acción, según, por ejemplo, su valor de mercado (artículo 251, regla 2.ª de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil).

e) Trámite. El proceso se ajustará a los trámites del juicio ordinario. En cuanto a la procedencia del juicio ordinario, art. 249.2 de la LEC. En lo referente al desarrollo del procedimiento, arts. 399 a 436 de la referida Ley Procesal.

f) Otros presupuestos procesales. Se acompaña título válido, legal y eficaz acreditativo de la titularidad de mi representada sobre el inmueble. Por tanto el demandado debe cesar en su perturbación sobre la misma.

Por último se detalla la identidad de la persona que ha perturbado el derecho de propiedad de mi representada y frente a la que se dirige la presente demanda.

En cuanto al fondo del asunto, se ejercita la presente acción a tenor de lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil, que dispone que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

Se invocan los arts. 348 y 444 C.c., porque en el primero se define el dominio y se mencionan las facultades del mismo, entre las cuales se encuentra la de reclamar la tenencia de la cosa objeto de aquél de quien sea y donde quiera que se halle. En cuanto al segundo, se invoca porque legitima pasivamente al demandado detentador incluso meramente tolerado de la finca, aunque en el presente caso la EMVS nunca haya tolerado la posesión torticera y “a hurtadillas” del demandado.

El éxito de la acción que ahora se ejercita exige la concurrencia de los requisitos siguientes, según constante e inveterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al interpretar el art. 348, 2º CC, o sea: la concurrencia en el actor y demandante de su condición dueño de la cosa o bien reivindicado; la posesión del mismo objeto por parte del demandado, sin causa o título alguno que justifique tal hecho; y la adecuada identificación de la cosa que se reivindica a tenor de la naturaleza de ésta, o sea si es un bien mueble o inmueble.

Como indica SOHM<sup>315</sup> en sus Instituciones de Derecho Romano Privado respecto de la acción reivindicatoria, es preciso que ésta se entable para reclamar la entrega de la cosa, cuando ésta se halla en la posesión de un tercero sin título alguno. *Ubi rem meam in venio, ibi vindico*. Mediante la referida acción el propietario hace efectivo su derecho a exigir la restitución de la cosa del poseedor no propietario.

En apoyo de lo antes considerado, cabe citar, entre otras y en primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1954, al declarar que la acción reivindicatoria ha sido certeramente calificada en la doctrina como derecho del propietario no poseedor, frente al poseedor no propietario<sup>316</sup>.

En lo referente a la concreta identificación del objeto de la reivindicación, cabe decir que la acción solo es dirigible frente a cosas concretas y determinadas, pues la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal<sup>317</sup> es rigurosa al respecto. Así por ejemplo, la de 6 de Mayo de 1994, parafraseando a la de 20 de Marzo de 1982, es contundente al indicar que: "La identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza que el predio reclamado es aquél a que se refieren los títulos y los demás medios probatorios en los que el actor funda su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que conste en los títulos, lo que, como cuestión de hecho es de la soberana apreciación de los Tribunales de instancia; ....<sup>318</sup>".

---

<sup>315</sup> SOHM, Rodolfo, "Instituciones de Derecho Privado Romano", Librería general de Victoriano Suárez, Madrid 1928, pássim.

<sup>316</sup> Sobre su concepto y clases, Cfr. STS 3 de junio de 1964. En orden a sus requisitos subjetivos STS 18 de octubre de 1894, 24 de diciembre de 1929, 3 de febrero de 1930, 4 de mayo de 1965, 14 de junio de 1997, entre otras muchas.

<sup>317</sup> Cfr. SSTS 21 de diciembre de 1908, 27 de noviembre de 1912. En esa misma línea se encuentran también STS como las de 20 de marzo de 1982, de 22 de diciembre de 1983, de 20 de diciembre de 1989, de 16 de julio de 1990, de 5 de Marzo y 27 de junio de 1991, de 26 de Noviembre de 1992, de 6 de Mayo de 1994 y de 3 de Febrero de 1995.

<sup>318</sup> En términos similares la STS de 3 de Febrero de 1995 exige, en su Fundamento 8º, la misma precisión al señalar que: "Ejercitándose una acción reivindicatoria o declarativa del dominio, la jurisprudencia exige inexcusablemente que se identifique la finca, siendo necesario que el terreno



Como se ha indicado desde el día 16 de enero de 2013, en que requiere el desalojo mi patrocinado con resultado infructuoso, el demandado continúa en la detentación y posesión ilegal del inmueble que se reivindica, sin hacer la más mínima mención de entrega. Además, debe hacerse entrega al propietario en unión al inmueble reivindicado, de los muebles y objetos en general que se encuentren dentro de los lindes de la finca en cuestión, mientras no conste o se acredite que pertenecen al demandado, como dispone el art. 449 del CC.

En lo referente al ejercicio de la acción en plazo, son de referencia, y con independencia de alguna autorizada opinión que sostiene la imprescriptibilidad de la acción aquí ejercitada<sup>319</sup>, los artículos 1.963 y 1.969 del CC, determinando el plazo de prescripción general de las acciones reales y el momento en que se inicia el cómputo del mismo, respectivamente<sup>320</sup>.

## 2. DIFERENCIA ENTRE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LA ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO SEGÚN EL TS

Según el TS<sup>321</sup>, siendo la acción reivindicatoria la que ejerce el propietario que tiene derecho a poseer frente al poseedor que no tiene tal derecho, para que le sea restituida la cosa, es evidente que lo primero -como primer presupuesto básico- que tiene que acreditar es su propio dominio y lo primero, como punto de partida, que tiene que declarar el órgano jurisdiccional es la titularidad del derecho de propiedad; es, por consiguiente, la acción reivindicatoria una acción declarativa de condena.

Distinto es la acción declarativa de dominio que tiene por objeto simplemente la declaración del derecho de propiedad sobre una cosa: es una acción meramente declarativa<sup>322</sup>. De aquí el error que se desliza en la sentencia de primera instancia, en el presente caso, cuando se afirma que se ejercitan dos acciones, a saber: la declarativa de dominio y la reivindicatoria.

Se colige por el juzgador a quo que, efectivamente, se ejercitaban la acción declarativa de dominio y la acción reivindicatoria, porque en el suplico de la

---

señalado e identificado sea el mismo que los títulos de propiedad amparan..., por lo que es claro que, faltando, dicha acreditación, no puede declararse la propiedad del bien,...".

<sup>319</sup> DÍEZ PICAZO, L.M. "La prescripción en el Código civil", Barcelona, Bosch, 1964, Pp. 159 y ss.

<sup>320</sup> A este respecto, puede verse la STS de 18 de mayo de 2001.

<sup>321</sup> Cfr. STS 11 de diciembre de 2012, rec. 2.158/2009.

<sup>322</sup> Cfr. SSTS 3 de junio de 2004 y 30 de diciembre de 2004.

demanda se interesa el pronunciamiento sobre la propiedad y la restitución de la cosa. Lo cual es un craso error. La acción reivindicatoria incluye en sí misma y por su propio concepto, la declaración de propiedad, como primero y básico presupuesto para su ejercicio.

La acción declarativa de dominio es tal, y así se considera, cuando se ejercita en forma autónoma, como acción meramente declarativa. Y la acción reivindicatoria es una acción declarativa (del dominio) y también de condena (al poseedor) de restitución de la cosa que ha sido reivindicada.

Por tanto, dice el alto Tribunal, no se ha atentado al principio de justicia rogada, ni por tanto, se ha infringido el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la conclusión que aparece en el fallo es correcta: se estima la acción reivindicatoria y se ignora, como autónoma, la declarativa de dominio, porque va embebida en aquélla.

## X. OTROS: OCUPACIÓN DE VIVIENDAS Y USURPACIÓN

GÓMEZ IBARGUREN<sup>323</sup> nos ilustra diciendo que el conocido como fenómeno “okupa” ha venido adquiriendo una gran importancia durante los últimos veinte años en bastantes países occidentales, incluyendo, por supuesto, a España. A pesar de que en ocasiones bordea o entra de lleno en el simple vandalismo o la marginalidad, estrictamente se trata de un movimiento social de protesta contra la dificultad de acceso de vivienda que tienen los jóvenes. De esta manera, se responde frente a este problema por parte de estos grupos “okupas” mediante la ocupación no autorizada de inmuebles abandonados a los que sus dueños no dan ningún tipo de utilidad o uso.

En el anterior Código Penal no estaba contemplado un precepto similar al del artículo 245.2<sup>324</sup> vigente, ya que sólo se castigaba el conocido como allanamiento de morada o la entrada en un inmueble no constitutivo de morada que se hiciese con violencia e intimidación.

Así, el legislador ha otorgado al poseedor o propietario de un bien inmueble una protección suplementaria a la que venía recibiendo desde el Derecho Civil, donde

---

<sup>323</sup> GÓMEZ IBARGUREN, P., El tratamiento del fenómeno okupa en el derecho español, Bosch, 2009, Pp. 7 a 96.

<sup>324</sup> Art. 245.2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su última redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la misma (BOE número 77, de 31 de marzo): El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

se contempla genéricamente la protección de la posesión en el artículo 446 CC. En este sentido, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en su artículo 250. 2º la protección de la posesión en el marco del juicio verbal, por lo que estamos ante un procedimiento más sencillo y ágil que el del juicio ordinario, el cual es el indicado para, por ejemplo, una acción declarativa de dominio si lo que se discutiese fuera la titularidad del inmueble en el caso de que no hubiese sido ocupado por una de las partes en litigio.

Vista la protección que otorga nuestro ordenamiento a la posesión de un inmueble, no será objeto de este artículo cuestionar la oportunidad de introducir el delito de usurpación de bienes inmuebles en el Código Penal, delito que, por otro lado, no tenía ninguna tradición en nuestro Derecho Penal, salvo en el fugaz Código Penal de 1928. Considerar si el legislador ha obrado correctamente a la hora de penalizar la conducta de ocupar bienes inmuebles sin violencia o intimidación puede llegar a sobrepasar las consideraciones meramente jurídicas, extremo que no pretende ser el objeto de discusión en este apartado. Es cierto que el Derecho Penal debe proteger el contenido ético esencial de una sociedad frente a los ataques más graves que este sufra, por lo que, al ya estar protegida civilmente la posesión frente a los ataques contra ella no violentos ni intimidatorios, podría parecer que la tipificación de esta conducta está de sobra. Tomando como base el anterior punto de vista, este delito sólo tendría sentido si la conducta contenida en el mismo se considera como un ataque muy grave y excesivo a la posesión para la cual los medios civiles son insuficientes.

En el delito de usurpación de bienes inmuebles tenemos el clásico supuesto de tipo penal que se encuentra entre dos aguas, por decirlo de alguna manera. Son tipos que tienen su origen en un ilícito civil y que posteriormente el legislador ha considerado, por motivos de política criminal, oportuno el tipificarlos.

La ocupación y el mantenimiento suponen una conducta que va más allá de la mera entrada en un inmueble. Es necesario que exista una voluntad de permanencia y de hacer la cosa suya.

Los bienes jurídicos protegidos son la posesión y el resto de los derechos inherentes al dominio.

Se aplicará el principio de *ultima ratio*: sólo los ataques más graves contra los mismos serán constitutivos de delito. Además, deberán suponer la privación total del ejercicio de esos derechos por su titular.

Es indudable que el legislador tuvo en mente el fenómeno de los “okupas” a la hora de incluir esta conducta en el Código Penal, sin embargo, como ya ha quedado dicho, no nos encontramos ante un delito *ad hoc* en su naturaleza que penalice únicamente a este colectivo, cosa que sería bastante dudosa, ya que nuestro Derecho Penal no es de autor, sino de actividad. Por lo tanto, hay que contemplar este delito como un complemento a la protección civil que se da a la posesión y al resto de los derechos inherentes al dominio. De esta manera, surge la dificultad de

delimitar frente a un ataque de un tercero frente a la propiedad que ejercemos sobre un bien inmueble que no constituya morada, si es competente la jurisdicción civil o penal.

Respecto a las motivaciones que han llevado a un sujeto o grupo de personas a llevar a cabo el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, no servirán para eximir de responsabilidad criminal. En todo caso podrán moderarla a través de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o como atenuante analógica. Tampoco el estado en el que se encuentre el inmueble servirá como causa que excluya de la responsabilidad, aplicándose el mismo régimen que a las motivaciones personales.

Sí es, por otra parte, relevante el hecho de que el titular ejerza con mayor o menor intensidad los derechos inherentes al dominio sobre el bien de su propiedad. Si el fundamento de la inclusión de este delito en el Código es la protección de estos derechos frente a las infracciones más graves que se comentan contra ellos, el hecho de que estos no se ejerciesen o que se hiciesen de una forma tenue desaconseja la vía penal en este último caso.

A la hora de distinguir una infracción civil de un ilícito penal del artículo 245.2 del Código Penal, hay que tener en consideración los principios de *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho Penal. Así, entre otras sentencias, la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>325</sup> establece que:

“En igual sentido, la sentencia de la A.P. de Baleares, de 19 Oct. 1997 proclamará que no toda perturbación de la posesión supone la comisión de este delito sino que es preciso delimitar las acciones perturbadoras que tienen un ámbito de protección civil general (el interdicto posesorio) de las que tienen el ámbito de protección penal (el art. 245 CP, considerándose subsumible en este último solo aquélla perturbación que por la mayor entidad del riesgo o peligro que suponen para el bien jurídico posesión merezca la imposición de una sanción penal en concordancia con el mayor reproche social que su verificación comporta. Y ese mayor riesgo o peligro se producirá siempre que la posesión sea clara y manifiesta, es decir cuando por parte del titular dominical se realicen actos posesorios que exterioricen la existencia de una relación posesoria sobre la cosa, de forma que exista una conciencia social de que efectivamente se produce esa relación posesoria, como sucede con los casos de inmuebles temporalmente deshabitados a

---

<sup>325</sup> St. 26 de septiembre de 2005, Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. Octava penal, rec. 113/2005. En dicha St. la Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal condenado a los acusados, como autores penalmente responsables de un delito de usurpación. Basa la Sala su pronunciamiento en que la ocupación efectuada por los acusados en el caso de autos no puede tildarse de ocasional sino que tenía ciertos visos de permanencia, como lo acredita el hecho de que residieran en la misma cuando menos tres meses y que la abandonaran solo después de varios requerimiento judiciales.

la espera de comprador, casas de temporada, obras en construcción etc. y, por el contrario, la intervención penal aparece desproporcionada tratándose de fincas cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado, como las abandonadas, en mal estado, ruinosas, etc.”

Además recoge la meritada sentencia que, a la vista de esos hechos probados, el recurso ha de prosperar, por concurrir ciertamente en el proceder de los acusados los requisitos constitutivos de aquel delito, que nace, no se olvide, como respuesta jurídico penal al fenómeno sociológico de los denominados "okupas" y para dar protección a los propietarios de viviendas desocupadas.

La acción que se incrimina es la ocupación de casas o edificios, es decir, tomar posesión de ello, aprovechando su desocupación (en otro caso habría allanamiento de morada) pero sin contar con la autorización del dueño. Lo que caracteriza esta modalidad de delito es que la ocupación se produce sin enfrentamiento y, por tanto sin vencer una eventual oposición a la ocupación mediante el empleo de violencia o intimidación.

Se ha discutido hasta la saciedad en la denominada Jurisprudencia menor acerca de si el bien jurídico protegido es la propiedad o si lo es la mera posesión y, por otra parte, desde una interpretación sociológica del precepto conforme al art. 3 del CC), se ha propiciado el advenimiento de un sólido cuerpo de sentencias, de las más dispares Audiencias Provinciales, en las que late soterrada la necesidad de conciliar el derecho a la igualdad y al disfrute de una vivienda digna y adecuada (que proclama el art. 47 de la Constitución imponiendo incluso a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este último derecho), con el derecho a la propiedad privada, proclamado en el artículo 33. 2 de la Constitución y en el art. 348 del CC cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas.

Es así, como se llega a concluir que solo la usurpación con vocación de permanencia puede quedar incluida en el ámbito penal, quedando extramuros de la misma todos aquellos supuestos en los que nos encontremos ante una mera estancia transitoria que en absoluto haya impedido al titular el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble<sup>326</sup>.

---

<sup>326</sup> Así lo han proclamado, entre otras muchas, la St. de la Audiencia Provincial de Girona de 24 febrero 1998, Audiencia Provincial de Vizcaya Sección Segunda de 31 de marzo de 2003; Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera de 13 de noviembre de 2003, y de Madrid, Sección Segunda de 16 de julio de 2003.

## 1. SUPUESTOS PRÁCTICOS (EMVS)

Cuando una vivienda es usurpada a una entidad pública o mercantil local que se ocupan de desarrollar la política de vivienda social en el ámbito territorial de que se trate, lo prioritario es recuperar dicha y vivienda y evitar que se produzcan nuevas ocupaciones futuras.

La Audiencia Provincial de Madrid<sup>327</sup> destaca la lesión que, conductas de ocupación ilícita como la que nos ocupa, suponen para aquellos ciudadanos que, acreditando ante la entidad pública correspondiente la necesidad de adjudicación de una vivienda asistencial, acuden a los cauces legales y se encuentran a la espera de la misma.

El trabajo de perseguir los ilícitos es vital, como también lo es el de solicitar la medida cautelar del desalojo o lanzamiento de los ocupantes de la vivienda presuntamente usurpada, al amparo del artículo 13 y concordantes de de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>328</sup>.

Así, la resolución del Juzgado<sup>329</sup> pone de manifiesto que presentado escrito ante el mismo, en el que se expresa que la situación posesoria del inmueble se mantiene ilegalmente sin consentimiento ni autorización de ningún género por su mandante y que en cumplimiento de lo ordenado por ese Juzgado, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de la Unidad Adscrita de esos Juzgados han comprobado que dicha vivienda se encuentra habitada por persona, la cual la ocupa sin título alguno, presentando la puerta de la vivienda síntomas evidentes de forzamiento

A continuación, pasa a recoger la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental de toda persona proclamado en el Art. 18. 2 de la Constitución, si bien no está reconocido de una manera tan absoluta que pueda constituir un medio para la ocultación de hechos delictivos, puesto que se permite su entrada y registro

---

<sup>327</sup> St. 23 de septiembre de 2004, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Decimoquinta penal, rec. 289/2004 y St. 24 de septiembre de 2004, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Segunda penal, rec. 296/2004, siendo, en ambas, parte apelada el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en representación del Instituto de la Vivienda de Madrid.

<sup>328</sup> El art. 13 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por el artículo primero de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, establece: *Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley.*

<sup>329</sup> Cfr. Auto 19 de febrero de 2013, Juzgado de Instrucción Nº 31 de Madrid, Procedimiento Abreviado 2.518/2012.

mediante resolución judicial y en los casos de flagrante delito. Esta resolución judicial, ha de basarse en la existencia de indicio racional de que en un determinado lugar se encuentra la persona del imputado, los efectos o instrumentos de un delito, o los libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, y deberá llevarse a cabo en la forma y manera que regula el Título VIII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 545 a 578).

De lo relatado en los hechos de la resolución, se infiere que en el inmueble descrito, se ha producido una ocupación indebida por parte de los denunciados del mismo, con pretensión de fijar en las viviendas que en dicho inmueble vienen integradas, sus respectivos domicilios, estando asimismo acreditado que el legítimo propietario de dicho inmueble es EMVS conforme viene reseñada en el escrito de acusación particular, a quien habrá de efectuarse la devolución del inmueble en los términos previstos en la normativa que anteriormente se menciona.

Y, finalmente, acuerda la entrada y desalojo en el inmueble, que se realizará durante las horas del día que resulten necesarias para llevar a cabo el mismo, pudiendo habilitarse en su caso, las horas que transcurren desde las 20,00 horas a 24,00 horas para su realización si así se mostrase necesario. Dicho desalojo se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y LEC, para tales diligencias, poniéndolo a disposición de la EMVS. Se faculta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que se preste la debida asistencia a la comisión judicial que lleve a efecto la diligencia acordada, pudiendo utilizar la fuerza policial actuante, toda aquella que se demuestre necesaria y suficiente, tanto sobre los ocupantes del inmueble, como sobre éste y objetos contenidos en aquél, debiendo seguidamente poner en conocimiento de este juzgado el resultado que todo ello tenga.

En similares términos, otra resolución<sup>330</sup> en cuanto a la cautelar interesada por la representación procesal de la EMVS, decreta el lanzamiento y la puesta a disposición de la misma según el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De la documentación que obra en autos y de la declaración prestada por la imputada resultan indicios de que la EMVS es la propietaria de la vivienda en la que reside la imputada desde hace unos dos años sin que le haya autorizado y sin poseer título alguno que autorice la posesión. Los hechos investigados revisten caracteres de infracción penal y por tanto, durante la tramitación de la causa se deben adoptar medidas para evitar la prolongación de la situación presuntamente delictiva.

Se discrepa de las alegaciones efectuadas por la defensa, quien alega que en este caso no se puede aplicar el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que

---

<sup>330</sup> Cfr. Auto de 20 de febrero de 2013, Juzgado de Instrucción N° 53, Procedimiento Abreviado 5.957/2012.

está limitado a las víctimas de los delitos de malos tratos. Pues la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ningún momento establece que de acuerdo con la modificación, el artículo referido se aplicara únicamente a supuestos de violencia de género. La expresión dar “protección a los perjudicados” implica un concepto amplio en el que se incluyen todas las decisiones necesarias para hacer cesar la actividad dañosa. En modo alguno, se puede interpretar el precepto como un *numerus clausus*, y de hecho así se deduce de la redacción del mismo y de la utilización del verbo “poder” al incluir las medias de los artículos 544 bis y 544 ter.

Asimismo, este procedimiento no está condicionado a la existencia de un procedimiento administrativo para regular situaciones de ocupación irregular de viviendas de promoción pública. Esta cuestión no puede analizarse en esta resolución adoptada en un procedimiento penal en que únicamente se debe considerar si hay indicios de infracción penal y si es idóneo y proporcionado adoptar una medida cautelar.

Por último, la situación personal y familiar de la imputada no puede tenerse en cuenta para denegar la protección que se interesa al perjudicado. Hay conflicto de intereses y al existir indicios de delito debe imperar la Ley. Por un lado, existen Servicios Sociales a los que podrá acudir la imputada, y por otro lado, en esta jurisdicción se debe tener en cuenta la existencia de un presunto hecho ilícito, sin que se puedan tener en cuenta otras consideraciones, que sin duda tendrán relevancia en otros ámbitos, y en su caso, en la determinación de la pena a imponer en el hipotético supuesto de que existiera condena; hay una víctima de un hecho presuntamente delictivo a la que la Ley obliga a proteger.

Otro asunto de especial relevancia práctica es delimitar la difícil frontera entre el ilícito penal y civil.

Así la sentencia<sup>331</sup> examinada establece que, de la prueba documental dada por reproducida y testifical practicada y apreciadas de conformidad con lo prevenido en el arto 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha quedado probada el acta acusatoria.

El tipo del art 245.2 del Código Penal que a diferencia del básico del párrafo primero de dicho artículo, no requiere violencia o intimidación, ha sido examinado por las diversas Audiencias Provinciales partiendo del propósito que inspiró al legislador que procedió a su introducción en el Código Penal de 1995, que no fue otro, que el de salir al paso de actuaciones que venían extendiéndose bajo la denominación conocida de “okupas” y con objeto de dotar de una mayor protección, no sólo civil a través de las acciones interdictales, sino también penal,

---

<sup>331</sup> St. nº 140/2012, de 14 de marzo de 2012, Juzgado de lo Penal Nº 27 de Madrid, Procedimiento Abreviado 275/2011.



al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles, siendo reiteradas las resoluciones que vienen declarando que, dicha intervención penal sobrevenida obliga a los Tribunales a una interpretación rigurosa del precepto, esto es, a una interpretación que, acorde con los principios básicos que informan al Estado social y democrático de derecho definido constitucionalmente, permita establecer el límite que separa el ámbito de protección del procedimiento civil y del precepto penal, como bien argumenta la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 24 de Febrero de 1998, tratándose de establecer, por razones de seguridad jurídica., criterios consistentes y coherentes que permitan resolver en cada situación particular la posible tipicidad de la conducta concreta realizada.

No toda perturbación de la posesión es subsumible en el precepto penal, dado que la intervención penal, inspirada en los principios de proporcionalidad y última *ratio*, sólo puede quedar reservada en los términos del precepto penal, para los casos más graves, esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación, por lo cual ha de concluirse que no es cualquier ocupación la que está contemplada en la citada norma, sino sólo aquella que realmente signifique un riesgo grave a la posesión, que es lo que le da sentido y significación de típica a la conducta de ocupar o mantenerse en un inmueble, vivienda o edificio ajenos, de modo que no cabe hablar de delito, cuando el que invade la propiedad de otro carece de *ánimus* entendido como intención o voluntad de exclusividad en la detentación del inmueble, ideológicamente imprescindible a fin de consolidar una ocupación o un mantenimiento de la detentación auténticamente perturbador de la legítima posesión a cuya protección tiende la figura penal.

Por lo que no procede incardinar la actuación de la acusada en el campo criminal, cuando se trata de una detentación sin intención o voluntad de exclusividad, sino llevada a cabo por necesidad y hasta que le adjudiquen una vivienda social, o en los casos en que se trate de inmuebles abandonados o cuando no consta el conocimiento de la oposición expresa del titular o, en resumen, cuando no se evidencia el potencial peligro grave para la posesión que el ataque comporta, en concordancia con el mayor reproche social que marca la línea que separa el ilícito civil y el penal, entre otras Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 29 de Octubre de 1998, Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 1 Junio de 2001, que cita la del Audiencia Provincial de Madrid de 10 de Febrero de 1999, que señala que “solo cabe considerar entre las situaciones amparadas en dicho precepto penal, aquéllas formas específicas de perturbación de la posesión del inmueble, de vivienda o edificio ajeno, consistentes en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos, que significan un riesgo a la posesión que sea clara y socialmente manifiesta” y la de Barcelona de 30 de Junio de 1998, que señala que “la intervención penal está reservada para aquéllos casos que tienen una mayor significación por su gravedad, requisitos que se estima no concurren en el supuesto examinado, por cuanto, se trataba de una vivienda de la EMVS, que estaba vacía, que no consta se utilizara la fuerza para acceder a ella, que la ocupa, la denunciada, una mujer sin empleo, con dos hijos menores a su cargo, llevando en el inmueble cerca de año y medio, a pesar de haber sido requerida por los

inspectores de la EMVS, para que la desalojara, como así lo ratificó en el acto del juicio el Inspector de la EMVS, sin que quepa efectuar una interpretación extensiva del tipo penal; siendo obvio que la vía elegida no es la adecuada para dilucidar las discrepancias que pueden existir entre las partes sobre el derecho a poseer que el denunciante invoca.

Lo expuesto cobra especial relieve cuando en el supuesto de autos la ocupación es llevada a cabo por una madre con dos menores a su cargo, sin trabajo, sin empleo de fuerza y no habiendo quedado probarlo que el inmueble tenga agua y luz, así como el estado en que se encuentra el mismo, es decir, sólo cabe considerar entre las situaciones amparadas en dicho precepto penal, aquéllas formas específicas de perturbación de la posesión del inmueble, de vivienda o de edificio ajeno, consistentes en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que significan un riesgo a la posesión que sea claro y socialmente manifiesto, lo que entiendo que no es el caso de autos.

Si bien es cierto, que la ocupación del inmueble por la acusada viene acompañada de la nota de continuidad, de deseo de permanencia, en contravención del derecho de posesión del titular de la cosa, lo cierto es que la intervención penal, sería contraria a la exigencia de proporcionalidad que se deriva del principio de justicia recogido constitucionalmente en el art. 11 de la Constitución Española, máxime cuando la EMVS, sabedora de que la denunciada está ocupando la vivienda desde Septiembre de 2010, no le ha dado ninguna salida a la misma, más que la denuncia.

En este tipo delictivo, a diferencia del allanamiento de morada (además de que en este último ha de concurrir la existencia de una morada, cosa no estrictamente necesaria en el delito de usurpación) el autor tiene ánimo de apropiación o incorporación de la cosa o su apoderamiento, siendo el bien jurídico protegido en general, la propiedad o la titularidad de los derechos reales o por mejor decir, el contenido jurídico y económico de ambos derechos.

Cabe preguntarse, en este mismo orden de cosas para decidir sobre la existencia de esta intervención penal en relación con el bien jurídico protegido, cuáles de los derechos en conflicto que aquí aparecen, la propiedad privada, cuyo contenido social hay que delimitar cuando se trata de un bien inmueble deshabitado, como así lo confirmó el Inspector, deteriorado o abandonado, y el derecho a la vivienda del art. 47 de la Constitución Española como declaración general y en esta tesitura puede resultar excesivamente desproporcionado en este ámbito de la antijuricidad y no todavía en términos de la tipicidad, esta protección penal de una propiedad, no tanto porque no desenvuelva ninguna función social, cuanto por lo que implica de protección de otro tipo de intereses.

Aparece que un mismo actuar humano, puede ser al mismo tiempo, paradójicamente, contemplado como ilícito penal y como acto jurídico civilmente admisible (usurpación, adquisición de la posesión, etc.) como se constata en los arts. 446, 443 y 1.956 del CC y 1.651 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc. Y en este caso se han de considerar los hechos como un ilícito civil, por cuanto

no existe un riesgo grave a la posesión, que es lo que le da sentido y significación penal a la conducta de ocupar o mantenerse en un inmueble, vivienda o edificio ajenos.

Por lo tanto es difícil admitir que es conducta antijurídica penal, aquélla de un poseedor de un inmueble sin título, cuando el ordenamiento jurídico civil ofrece al propietario, instrumentos de la defensa de su derecho tan contundentes como el interdicto, posibilitando el desalojo del poseedor sin título y sin buena fe que accedió a la propiedad, y que al mismo tiempo esa conducta sea constitutiva de una infracción penal.

Por todo ello, dice la resolución meritada, procede la absolución de la acusada del delito de Usurpación del art. 245.2 del Código Penal del que venía imputada.

De análoga forma otra resolución<sup>332</sup>, dice que los hechos descritos no son constitutivos de un delito de usurpación de bienes inmuebles previsto en el artículo 245.2 del Código Penal.

Con la introducción del precepto citado el legislador pretende dotar de una especial protección a la posesión de bienes inmuebles, atribuyendo relevancia penal a una específica conducta socialmente conocida como "ocupación". Se sanciona así la ocupación no violenta de un bien inmueble que no constituya morada, cualquiera que sea su finalidad, configurándose el tipo como un delito contra la pacífica posesión de aquél inmueble.

El precepto no obstante ha suscitado cautelas en los intérpretes, tendiendo nuestra jurisprudencia "menor" a limitar su extensión, haciendo del mismo una interpretación restrictiva. Se invoca a tal efecto la idea de que la situación posesoria de inmuebles está dotada en el ordenamiento de mecanismos de protección distintos de los previstos en la por el derecho penal.

Esta línea de interpretación, conduce a excluir del tipo del injusto aquellos casos en los que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado, dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes lesionados, ya sea por la breve duración de la utilización de la finca ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical, la conducta no lesiona el bien jurídico. Quedarían fuera del ámbito penal por tanto la ocupación de inmuebles abandonados y aquella ocasional o esporádica.

No hay duda de que el acusado accedió a la finca y que permanece en ella desde hace más de diez años, con la intención de hacer de la misma su vivienda. De esta manera, concurre el primero de los requisitos formulados por la línea

---

<sup>332</sup> St. nº 25/14, de 22 de enero de 2014, Juzgado de lo Penal Nº 8 de Madrid, Procedimiento Abreviado 93/2013.

interpretativa antes referida, puesto que posesión del bien se ejerció con voluntad de permanencia.

La defensa alega que concurre una suerte de consentimiento tácito que equipara al acusado a un precarista. Entendemos que la alegación es razonable. El tiempo de permanencia del acusado en la finca, asumido por la acusación, lo que revela es una dejación por parte de la EMVS en el ejercicio de sus facultades dominicales, equiparables a la falta de uso del bien. No ponemos en duda la dificultad del Ayuntamiento de Madrid para gestionar su patrimonio urbano, pero no podemos olvidar que la finca mantuvo la situación que motivó la posterior denuncia durante una década, y que durante dicho periodo la EMVS fue oportunamente advertida de la presencia del acusado en el inmueble. La falta de toda actuación acreditada durante tan largo periodo, equivale a un efectivo abandono fáctico, al que antes hicimos referencia.

Es en este punto cuando se actualiza la doctrina antes examinada, de manera que, abandonada de facto la finca, la protección del derecho posesorio del titular debe realizarse preferentemente a través de los existentes mecanismos de tutela jurisdiccional civil en particular mediante la oportuna acción de desahucio por precario, siendo la protección penal que ahora se pretende, desproporcionada y contraria a la pasividad demostrada a lo largo de un decenio.

Respecto a falta de tipicidad de la ocupación de inmuebles en aparente abandono cabe citar sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 17ª) 122/09 de 3 de febrero, 1298/07 de 18 de diciembre y 361/07 de 28 de marzo, pero también de la (Secc. 7ª) 1068/06 de 28 de diciembre y auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 6ª) 723/10 de 15 de noviembre.

Por los motivos expuestos, dice la sentencia, se considera que los hechos enjuiciados no integran la conducta típica y que la acusación ha de decaer.



## CAPÍTULO CUARTO: EL ARRENDADOR DE CARÁCTER PÚBLICO

### I. ESTADO Y SECTOR PÚBLICO

El concepto de sector público es más amplio que el de Estado. Para STIGLITZ<sup>333</sup> todos tenemos una cierta idea de cuáles son las instituciones que lo integran: el Parlamento, el Gobierno, el Tribunal Supremo y una multitud de instituciones y organismos públicos autónomos. Muchas veces no está clara la frontera entre las instituciones públicas y las privadas. Cuando el Gobierno crea una sociedad mercantil, una empresa pública, ¿forma ésta parte del "Estado"? Por ejemplo, Iberia, que fue constituida por el Gobierno español para cubrir el servicio aéreo, recibe subvenciones del Estado, pero, por lo demás, funciona como una empresa privada. La cuestión es aún más complicada cuando el Estado es uno de los principales accionistas de una empresa, pero no el único<sup>334</sup>.

¿Qué distingue a las instituciones que hemos denominado "Estado" de las instituciones privadas? Dos importantes características. En primer lugar, en una democracia las personas responsables de dirigir las instituciones públicas son elegidas o nombradas por otra persona elegida (o nombrada por otra persona que es nombrada por otra que es elegida ...). La "legitimidad" de la persona que ocupa el cargo emana, directa o indirectamente, del proceso electoral. En cambio, los responsables de la administración de General Motors son elegidos por los accionistas de la compañía y los responsables de la administración de fundaciones privadas<sup>335</sup>, por un patronato permanente.

En segundo lugar, el Estado posee determinados derechos de coerción de los que carecen las instituciones privadas. Tiene derecho a obligarnos a pagar impuestos<sup>336</sup>. Tiene derecho a expropiar nuestras tierras para uso público.

Las instituciones privadas y los particulares no solo carecen de estos derechos, sino que, además, el Estado restringe el derecho de los individuos a conferir a otros poderes de coerción similares. Por ejemplo, el Estado no permite venderse como esclavo.

---

<sup>333</sup> STIGLITZ, J.E., *La economía del sector público*, Bosch, 2002, Pp. 20 a 21.

<sup>334</sup> Por ejemplo, hasta 1987 el Estado británico poseía nada menos que el 50 por ciento de las acciones de British Petroleum.

<sup>335</sup> Como la Rockefeller o la March.

<sup>336</sup> Y en caso contrario, a embargar nuestras propiedades y/o a encarcelarnos.

En cambio, todos los intercambios entre particulares han de ser voluntarios. Aunque una persona necesite el solar de otra para construir un edificio de oficinas, no puede obligar a ésta a vendérselo. Aunque una persona crea que un trato con otra es ventajoso para ambas, no puede obligarla.

El Estado es, pues, totalmente diferente de otras instituciones de nuestra sociedad. Tiene virtudes –su capacidad para utilizar la coerción significa que puede hacer algunas cosas que están vedadas a las instituciones privadas. Pero también tiene defectos.

La cita del anterior autor, economista de formación, para presentar el concepto de sector público no es baladí, pues la tendencia actual del Estado es hacer pasar por el rodillo economicista al sector público, apostando por el Derecho privado en detrimento de la tradición administrativista de nuestro Derecho español.

En opinión de T-R. FERNÁNDEZ<sup>337</sup>, el TS a partir de la importante sentencia de 13 de julio de 1990 ha acertado a encontrar un punto de equilibrio entre las exigencias que derivan del principio constitucional de autonomía municipal y los requerimientos, también inexcusables, que resultan de la necesaria integración en un marco supramunicipal de la pluralidad de intereses y perspectivas que es característica de la ordenación territorial.

En dicha sentencia es impugnada la aprobación definitiva de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Gerona, que introducía modificaciones en el contenido discrecional del texto provisionalmente aprobado por el municipio.

La Constitución atribuye a los municipios autonomía "para la gestión de sus respectivos intereses». Esta es su finalidad u objeto y, por tanto, la base para una definición positiva y también para una definición negativa de la autonomía: 1.º Positivamente, la autonomía municipal significa un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales materias o asuntos - sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio -. 2.º Negativamente, es de indicar que la autonomía no se garantiza por la Constitución, como es obvio, para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad local - sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero -.

Y así las cosas, resulta claro que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de planeamiento una potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas - sentencias de 20 de marzo , 10 y 30 de abril , 2 y 9 de julio de 1990 , etc. -. Su actuación se lleva a cabo a través de un

---

<sup>337</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, Manual de derecho urbanístico, El consultor, 2006, Pp. 39 a 40.

procedimiento bifásico en el que a la aprobación provisional del municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración Autónoma.

Partiendo de la base de que "en la relación entre el interés local y el interés supralocal es claramente predominante este último"<sup>338</sup>, queda perfectamente justificado que, en el aspecto temporal, la decisión autonómica se produzca con posterioridad a la municipal y que, en el aspecto sustantivo, aquélla haya de contemplar el plan no solo en sus aspectos reglados sino también en los discrecionales que por su conexión con intereses supralocales hayan de ser valorados para asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores.

El vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 1, relativo al objeto y finalidad de la misma, dice expresamente que tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Del artículo 3 de la referida ley se colige que el concepto sector público abarca más que estrictamente lo que es Administración pública, constituida por su apartado a) la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, siendo el resto de apartados el resto del sector público.

## II. COMPETENCIA MUNICIPAL EN VIVIENDA Y/O URBANISMO

El artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, modificada por la LRSAL, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), establece que: 1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias. 2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación: [...] d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

---

<sup>338</sup> Cfr. STC 170/1989, de 19 de octubre.



No cabe duda que facilitar el acceso a la vivienda a distintos colectivos, entroncando dicho objetivo con el urbanismo, es hoy en día una competencia concurrente que conforma, aunque no en exclusiva (por ser compartida con las comunidades autónomas), un servicio público municipal.

El derecho constitucional a una “vivienda digna y adecuada”, no es un derecho subjetivo, aunque CORTINA<sup>339</sup> opine que un Estado Benefactor está obligado, como exigencia de Justicia, a satisfacer los derechos humanos de segunda generación, antes bien y compartiendo el parecer de PACHECO<sup>340</sup>, se trata de un principio rector de la política social y económica el derecho a la vivienda, entendido como derecho social en sentido estricto; esto es, no se configura como subjetivo y no concede, por tanto, a sus titulares una acción ejercitable ante los tribunales para la obtención directa de una vivienda “digna y adecuada”.

La antigua Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid desarrollaba en exclusiva la política de vivienda social y suelo hasta la creación de la EMVS hace más de treinta años, respondiendo a la ventaja práctica de la llamada “*huida del derecho administrativo*”.

En el ámbito estatal existen numerosos organismos similares a la EMVS, encargados de la política de vivienda social, ya sea a nivel autonómico o local. Muchos de ellos, se integran en la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), que se fundó en 1988 para procurar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna, adecuada y sostenible, en el contexto de una ciudad armónica y sin segregaciones y que está formada por la mayor parte de promotores públicos de vivienda y suelo del país.

### III. BREVE REFERENCIA A LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en adelante LRSAL, pone en jaque a las sociedades mercantiles locales con un giro economicista de influencia anglosajona, que conlleva una cierta huida del Derecho Administrativo, de amplia tradición en nuestro país.

---

<sup>339</sup> CORTINA ORTS, A. Los ciudadanos como protagonistas. Galaxia Gutenberg, 1999, P. 228.

<sup>340</sup> PACHECO JIMÉNEZ, M. N. Ley 8/2013, de 26 junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013, no 6, Pp. 267-280.

Una máxima de la intervención local es que lo jurídicamente inconveniente acaba siendo políticamente inconveniente, y los inconvenientes cuestan dinero a la Hacienda Pública.

Quizá España debió ser intervenida por la Unión Europea en el reciente contexto de crisis económico-financiera, pues la LRSAL es un claro ejemplo de las condiciones impuestas para evitar la meritada intervención, y en mi modesta opinión hubiera sido más efectiva la intervención que poner paños calientes bajo el rodillo de la austeridad economicista. La reconversión industrial de los astilleros fue un paradigma de una intervención efectiva de la Unión Europea en el Estado miembro español.

Se busca que los servicios públicos se presten de la forma más sostenible y eficiente, logrando equilibrio o incluso beneficios para los entes que los gestionen. Pero hay que tener en cuenta el componente social del que están imbuidos muchos de ellos, como la política de vivienda, que les abocan inexorablemente a ser deficitarios.

Las comunidades autónomas en la recepción y acomodo a su ordenamiento jurídico de la LRSAL, presentan diferencias, así la Ley gallega que exprime la aplicación de criterios economicistas y, en el otro extremo, la andaluza que es una especie de “brindis al sol”.

Hay interpuestos varios recursos de inconstitucionalidad contra la LRSAL por entender que vulnera la autonomía local. La inconstitucionalidad de sus preceptos y disposiciones gira en torno a una triple línea argumentativa: La vulneración de las competencias autonómicas en materia de régimen local, la lesión de la garantía institucional de la autonomía local en los términos constitucionalmente reconocidos y, finalmente, la vulneración de la reserva de ley orgánica prevista en el art. 135 de la Constitución<sup>341</sup>.

Su aplicación práctica puede ser atacada por las incoherencias e incluso me atrevería a decir conflictos normativos que presenta con respecto a la normativa sectorial, por ejemplo con la figura del llamado agente urbanizador del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo. Para IGLESIAS GONZÁLEZ<sup>342</sup> una de las novedades que aporta la Ley de Suelo consiste en reconocer el derecho de los particulares, sean o no propietarios del suelo, para la actividad de ejecución de la urbanización en aquellos supuestos en los que haya sido reservada para sí por la propia

---

<sup>341</sup> Vid. Dictamen 172/2014 del Consejo Consultivo de Canarias de 8 de mayo de 2014, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 27/20113, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

<sup>342</sup> IGLESIAS GONZÁLEZ, F., Las novedades de la nueva legislación estatal reguladora del suelo, Actualidad jurídica Uría Menéndez 18/2007, Pp. 103 a 108.

Administración. Se pretende, ni más ni menos, reconocer en la normativa estatal la figura del agente urbanizador, que curiosamente ni se referencia, que ya ha sido acogida y regulada por, prácticamente, todas las normas urbanísticas autonómicas desde que irrumpiera, de forma novedosa y fresca, en la legislación urbanística valenciana a través de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística. En síntesis, se trata de evitar el monopolio de la gestión urbanística en manos de los propietarios de suelo, permitiendo que cualquier particular, aunque no sea propietario de metro cuadrado de suelo alguno, lidere un desarrollo urbanístico. Literalmente, la letra *a)* del artículo 6 de la Ley de Suelo se refiere al derecho de iniciativa «*para la actividad de ejecución de la urbanización*», que podría identificarse, en un sentido estricto, con la ejecución material de las obras de urbanización, pero parece, más bien, que el legislador se quiere referir, en un sentido más amplio, también al resto de actividades que pueden englobarse en lo que comúnmente se denomina «*gestión urbanística*», y entre las que se encuentra la equidistribución de beneficios y cargas y la reparcelación. A pesar de estas carencias terminológicas, que se explican por los malabarismos que el legislador estatal ha de realizar ante el complejo reparto de competencias en materia urbanística, cabe tener en cuenta que la Ley estatal: i) obliga a la normativa autonómica para que la elección de quien haya de hacerse mediante un procedimiento con publicidad y concurrencia; ii) permite que las Comunidades Autónomas prevean peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo, lo que puede leerse, no sin dificultad, como la posibilidad de privilegiar a los propietarios en determinados supuestos. La normativa estatal marca unos mínimos que deben cumplir las normas autonómicas en la regulación del agente urbanizador, pero no parece que la regulación estatal del agente urbanizador resulte de aplicación inmediata sin mediación de la normativa autonómica. Resulta singular, desde esta perspectiva, que la Ley 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Madrid, haya derogado, pocos días después de haber entrado en vigor la Ley estatal de Suelo, la figura del agente urbanizador (llamada «*adjudicatario en concurso*» en la nomenclatura de la legislación urbanística madrileña), de forma que, hoy por hoy en la Comunidad de Madrid, solo los propietarios de más del 50 por ciento de un ámbito urbanístico podrán desarrollarlo urbanísticamente, sin que se admita la concurrencia de terceros no propietarios; otro debate es el de si esta laminación del agente urbanizador es legal, habida cuenta de que el legislador estatal parece obligar a que las Comunidades Autónomas regulen la figura del agente urbanizador.

Es necesario destacar el número 5 del art. 39, de la ley de suelo, introducido por la disposición final cuarta de la LRSAL, los municipios que dispongan de un patrimonio público del suelo, podrán destinarlo a reducir la deuda comercial y financiera del Ayuntamiento, siempre que se cumplan todos los requisitos que establece. Baste decir que dicha previsión normativa no es más que el reflejo de la jurisprudencia existente al respecto. Supone una brizna de oxígeno para la asfixia financiera que experimentan las mercantiles locales que se ocupan del suelo y la vivienda por la prohibición legal impuesta de financiar vivienda social y la crisis inmobiliaria, en un contexto más amplio de crisis económica en general.

Adicionalmente, está el escollo de que la cesión de suelo para arrendamiento ha de ser por imperativo legal gratuita.

#### IV. BREVE REFERENCIA A LA “LEY DE LAS 3 ERRES”

En este sombrío horizonte para las sociedades mercantiles locales en general, y especialmente para las que se emplean en la política de vivienda, como es la EMVS, motivado por la crisis que atraviesa el sector inmobiliario hay un rayo de esperanza, una especie de “brotes verdes” materializados en la conocida como ley de las tres erres, es decir, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (en adelante LRRRU). En efecto, el “quo vadis” de las empresas municipales de la vivienda y suelo parece ser la rehabilitación, renovación y regeneración urbana. Un claro ejemplo de ello, es lo que los arquitectos denominan “patios azules” madrileños de la rehabilitación de Lavapiés, patios de parcela con las dimensiones adecuadas para poder considerar las viviendas como exteriores para ello los trabajos suponen, a veces, modificar la estructura del edificio; en otras, se llega a sustituir el inmueble, de este modo, se consiguen viviendas que alcancen las superficies y condiciones de habitabilidad legalmente establecidas, además de contar con «patios azules».

Los propósitos pseudo-novedosos de la LRRRU no son tales, pues ya aparecían reflejados en la Carta Europea de Autonomía Local del año 1983.

Los objetivos de la norma son: 1. Potenciar la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, eliminando trabas actualmente existentes y creando mecanismos específicos que la hagan viable y posible.

2. Ofrecer un marco normativo idóneo para permitir la reconversión y reactivación del sector de la construcción, encontrando nuevos ámbitos de actuación, en concreto, en la rehabilitación edificatoria y en la regeneración y renovación urbanas.

3. Fomentar la calidad, la sostenibilidad y la competitividad, tanto en la edificación, como en el suelo, acercando nuestro marco normativo al marco europeo, sobre todo en relación con los objetivos de eficiencia, ahorro energético y lucha contra la pobreza energética.

La Ley se compone de un Título Preliminar, dos Títulos, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y veinte disposiciones finales.

El Título Preliminar establece el objeto de la norma y las disposiciones aplicables a la misma (Residencia habitual, Infravivienda, Coste de reposición...), así como las políticas que los poderes públicos, dentro del ámbito de sus competencias, deberán

formular y desarrollar, en el marco de los principios de sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional.

El Título I regula el *Informe de Evaluación de los Edificios*, su objeto (acreditar la situación en la que se encuentran los edificios, al menos en relación con el estado de conservación del edificio, su cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre su grado de eficiencia energética), los casos en que puede ser exigible, su contenido necesario y las personas y entidades capacitados para emitirlo.

A este respecto, la disposición adicional Primera regula a su vez el calendario para la realización del Informe.

El Título II contiene la regulación de las *actuaciones sobre el medio urbano*, que van desde las de rehabilitación edificatoria, hasta las que supongan una regeneración y renovación urbanas, identificando los sujetos legitimados para participar en ellas y ofreciendo nuevos instrumentos para facilitar la gestión y la cooperación interadministrativa.

Se establecen además específicos para facilitar la financiación de estas actuaciones, entre los que destacan los convenios entre las Administraciones Públicas actuantes, los propietarios y demás sujetos que vayan a intervenir en la ejecución.

Las Disposiciones adicionales establecen, entre otras cosas, el catálogo de infracciones y sanciones en materia de certificación en materia de eficiencia energética de los edificios.

PACHECO opina que la LRRRU, presentada como instrumento que ayudará a la recuperación económica creando “oportunidades de crecimiento y de empleo en el sector público de la construcción” (tal como observa su propia Exposición de Motivos), y sin olvidar su orientación ecológica, ha entrado en nuestras vidas cual torbellino, modificando y derogando gran número de normas actualmente en vigor. Es cuanto menos llamativa, dada la actual situación de desahucios diarios, la mención que hace al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, como si de esta ley dependiese su efectivo cumplimiento. Y, en aras de esa dignidad y adecuación, se presenta la necesidad de un certificado de eficiencia energética (conforme a las exigencias comunitarias), que no va a hacer más que suponer un coste adicional para el ciudadano, cuando, en muchas ocasiones, los estándares mínimos energéticos no fueron cumplidos previamente por la promotora/constructora. No hubiese estado de más que esta norma se acompañase de subvenciones públicas y facilidades de pago para aquellos propietarios con menos recursos, pues el precio del mencionado certificado puede costar entre 200 o 250 euros; acarreando el no contar con aquél la preceptiva sanción. Pero las consecuencias van más allá... Si los agentes urbanizadores estiman (con mayor o menor objetividad) que un barrio presenta situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y

habitabilidad de las edificaciones, o situaciones graves de pobreza energética, podrán adoptarse las medidas necesarias para corregirlas. Y esto puede suponer el caldo de cultivo para una segunda burbuja inmobiliaria, basada en operaciones especulativas aprovechando la imposibilidad de ciertos sectores de la población de hacer frente a los costes de rehabilitación.

**V. INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO: BIENES PATRIMONIALES. ¿SON LOS INMUEBLES DE LA EMVS BIENES PATRIMONIALES?**

Como sabemos, nuestra Constitución establece en su art. 47 que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” y continúa diciendo que “los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”. La importancia del suelo para este cometido constitucional es indudable, por ello las Administraciones públicas han desarrollado instrumentos para la intervención en el peculiar mercado del suelo.

Conviene recordar que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009, “los bienes de dominio público, regidos por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, no se ven afectados por la realidad registral, de tal forma que la no constancia en el Registro de la Propiedad no le priva de su carácter demanial”.

Instrumentos jurídicos tales como la constitución de patrimonios municipales de suelo y la cesión de derechos de superficie, a los que se unió después, con la ya derogada Ley 8/1990 de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, la utilización de los derechos de tanteo y retracto por parte de las Administraciones Municipales, eran, precisamente, en la Exposición de Motivos de esa Ley reconocidos con el carácter de medios facilitadores de la gestión urbanística y potenciadores de la intervención Administrativa en el mercado de suelo.

Respecto al instrumento citado en primer lugar, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, en su Título V relativo a la Función social de la propiedad y gestión del suelo, dentro del Capítulo II se ocupa de los Patrimonios públicos de suelo. También será preciso apoyarse en la legislación autonómica, en nuestro caso, la promulgada por la Comunidad de Madrid.

A este respecto, ya la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid se ocupó de la regulación de estos instrumentos, complementando la legislación estatal. Derogada esta normativa por la

Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid habrá que acudir a su contenido para desarrollar la materia, sin perjuicio de las normas todavía vigentes de la legislación estatal. La propia Ley madrileña señala en su preámbulo que *"recoge los tradicionales instrumentos utilizados por las Administraciones públicas para incidir en el mercado inmobiliario; en concreto, los patrimonios públicos de suelo, los derechos de superficie y los de tanteo y retracto"*.

Históricamente, la legislación estatal únicamente se ha referido y ha regulado los patrimonios municipales de suelo. Sin duda como consecuencia de la nueva estructuración de Entes Territoriales que la Constitución instaura y de la competencia legislativa asignada a las Comunidades Autónomas, ya en la derogada Ley 9/1995, de 28 de marzo de la Comunidad de Madrid, se habla de Patrimonios Públicos de Suelo. Esta expresión engloba tanto el de la propia Comunidad Autónoma, al que denomina Patrimonio Regional de Suelo, como los tradicionales Patrimonios Municipales, pero la Ley hace una referencia separada a cada uno de ellos haciendo hincapié en la regulación del primero, ya que se hace por primera vez y remitiendo, en gran medida, la de los segundos a la Legislación general.

La vigente Ley 9/2001, no contiene, sin embargo, referencias específicas a unos y otros patrimonios sino que establece una regulación unitaria de los patrimonios públicos de suelo en los que incluye tanto al propio de la Comunidad Autónoma como los pertenecientes a los municipios.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo señala que será *"difícil negarle al Estado, ex art. 149.1.13a (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica como competencia exclusiva del Estado) toda competencia para fijar algunos criterios generales, cuando solo el asentamiento de actividades industriales y empresariales y la construcción de viviendas tienen una repercusión de gran magnitud sobre la entera economía general"*. A partir de esta afirmación, la propia Sentencia estima que *"tan solo aquellas normas básicas que respondan efectiva y estrictamente a la planificación general de la actividad económica podrían encontrar cobijo en el referido título"*<sup>343</sup>.

En los países en que se reconoce el derecho a la propiedad privada, serán los propietarios de suelo quienes se convierten en protagonistas más destacados del proceso urbanizador, en cuanto han de ajustar los terrenos afectados por ese proceso a las determinaciones del planeamiento urbanístico. Nuestra Constitución, en su art. 33, *"reconoce el derecho a la propiedad privada"* y aunque admite que *"la función social delimitará el contenido de este derecho de acuerdo con las Leyes"*, no será infrecuente la aparición de tensiones al armonizar el interés privado de los propietarios, cuyo objetivo lógico será la consecución del máximo beneficio con el interés público de la colectividad, apoyado en principios de equidad y de satisfacción

---

<sup>343</sup> El art. 149. 1. 13 CE: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica".

de las necesidades generales, las cuales serían irrealizables si prevaleciese una desorbitada preponderancia del primero.

Para aminorar estas tensiones, las Administraciones urbanísticas de los países en que existe el sistema de propiedad indicado han tendido a convertirse en titulares de los terrenos en que tales tensiones se dan con más intensidad; justamente los que se incorporan al proceso urbanizador por constituir las zonas de expansión o crecimiento de los asentamientos humanos.

En todo caso, conviene indicar que una de las notas configuradoras de los Patrimonios públicos es que se gestionan y destinan por las Administraciones Públicas, salvando las especificaciones de disposición o enajenación que le son propias como tales Administraciones, de forma similar a la de los promotores privados y podría decirse no solo en concurrencia, sino en competencia con ellos. Tan solo así se podría conseguir ese efecto regularizador del mercado de suelo. De esta forma, y por estos motivos, los bienes integrados en el patrimonio municipal de suelo se distinguen de los bienes de dominio público, ya sean de uso o servicio público y que, ciertamente, dado el destino y misión de los mismos, siempre están en mano pública. Siendo el mismo titular, no coinciden ni el destino ni el motivo por el que unos y otros bienes se adscriben a tal titular.

En efecto, en el momento que se decida su urbanización, los terrenos integrados en estos patrimonios quedan vinculados primordialmente a la construcción de viviendas de protección oficial u otras finalidades de interés social, pues no sería justo ni coherente con el contenido del art. 47 de la Constitución que las entidades locales utilizaran los terrenos de su propiedad con miras puramente lucrativas, contribuyendo a incrementar las tensiones especulativas en vez de atenuarlas.

Frente a los bienes de dominio público, cuya característica esencial es la de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles, los de los patrimonios públicos de suelo son enajenables, embargables y prescriptibles en los términos señalados en la normativa de aplicación. Precisamente esta naturaleza jurídica es la que les asigna la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid cuando en su art. 173.2 señala expresamente que "a los efectos del régimen aplicable a los actos de disposición, los bienes integrantes del patrimonio público de suelo se consideran como bienes patrimoniales".

El art. 173.1 de la Ley 9/2001 de la Comunidad Autónoma de Madrid dispone que "la Comunidad de Madrid y los Municipios deberán constituir, mantener y gestionar sus respectivos patrimonios públicos de suelo".

El art. 174 de la Ley 9/2001 de la Comunidad Autónoma de Madrid recoge la enumeración de los bienes que integran los patrimonios públicos de suelo.

Los convenios urbanísticos, regulados en los arts. 243 a 248 de la Ley 9/2001, pueden constituir una importante fuente para nutrir los patrimonios de suelo al ser considerados como un auténtico sistema de ejecución del planeamiento siempre que



las personas firmantes con las administraciones "asuman la total iniciativa y responsabilidad de la gestión urbanística" (art. 246.2).

En cuanto a los recursos económicos, la Ley denomina a este grupo de bienes fondos adscritos al patrimonio del suelo, pero en realidad tendrían el mismo tratamiento que los anteriores y la única diferencia vendría definida por su naturaleza intrínseca. En este grupo se incluirían:

- a) "Los ingresos obtenidos en la gestión y disposición del patrimonio público de suelo".
- b) "Los créditos que tengan como garantía hipotecaria los bienes incluidos en el Patrimonio público de suelo".
- c) "Los beneficios de sociedades públicas o mixtas, cuando la aportación de capital público consista en bienes integrantes del patrimonio de suelo".
- d) "Las transferencias presupuestarias que tengan como finalidad específica la adquisición de bienes para el patrimonio público de suelo".
- e) "Los ingresos que perciban los Ayuntamientos como consecuencia del pago del canon respecto de los proyectos de actuación especiar' a los que nos hemos referido con anterioridad.
- f) "Los ingresos que legalmente deban incorporarse al patrimonio público de suelo", incluidos, no obstante, como ya se dijo en el grupo de bienes inmuebles.

Los fines asignados a los patrimonios de suelo abarcan un espectro tan amplio que prácticamente engloba cualquier aspecto de la actividad urbanística. Además, debe señalarse que no se da una jerarquización o prioridad de las finalidades sino que cualquiera de ellas, sin ningún orden preestablecido, puede constituir un destino aceptable y aceptado por el legislador para este tipo de bienes.

Por consiguiente, la ley 9/2001, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, al igual que otras que ya lo habían hecho con anterioridad, ha establecido el destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo con amplitud y flexibilidad<sup>344</sup>.

Como caso práctico del instrumento de intervención en el mercado del suelo, que constituye el patrimonio municipal de suelo y materializado en inmuebles de la EMVS, quien desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid, se planteaba si los bienes inmuebles de la misma pueden considerarse patrimoniales, con ocasión de la venta de algunas promociones de viviendas con protección pública a fondos de inversión inmobiliaria. Y además, cuál debía ser el procedimiento adecuado de enajenación incluyendo la subasta.

---

<sup>344</sup> Vid. AA.VV., Máster en dirección y gestión integral de empresas inmobiliarias y de la construcción. UNED, Madrid, 2007, Pp. 298-310.

La venta de las promociones, motivada por la situación económica de las cuentas de la mercantil municipal, no tenía antecedentes jurisprudenciales halagüeños al fin pretendido, pues se había resuelto por los tribunales, aunque fuera de la Comunidad Autónoma de Madrid, considerando que el derecho de tanteo y retracto de los inquilinos de una vivienda de VPO se mantiene incluso cuando la vivienda sea propiedad de un Organismo Público y ésta deba ser enajenada en pública concurrencia<sup>345</sup>.

El Preámbulo de la ley 9/2001, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (apartado IX), enfatiza la modificación que la ley introduce en esta materia, al indicar que "merece especial consideración, por su novedad, la supresión de la subasta como procedimiento de adjudicación de la enajenación de los terrenos de los Patrimonios Públicos de Suelo".

En concreto, el acto impugnado en los tribunales por adjudicatarios en régimen de alquiler era el acuerdo de la EMVS para la enajenación por subasta de unas promociones de viviendas con protección pública, pues fue objeto de este procedimiento la impugnación deducida por los recurrentes contra el Pliego de Condiciones por el que se iba a regir la enajenación mediante subasta de promociones de viviendas con protección pública, en arrendamiento, sitas en Madrid (Promoción "Carabanchel 2", Promoción "Pavones -EBA 26", Promoción "Sanchinarro X" y Promoción "Vallecas 6"), número de expediente SP/2-10/DGA, publicada por la EMVS el 30 de julio de 2010.

Para la resolución del pleito es necesario tener en cuenta que:

Existe una habilitación legal clara para dicha enajenación en los Reglamentos de las viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid, Decretos 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, y 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, en sus artículos 20 y 18, respectivamente.

Como ya se ha dicho, la EMVS es una sociedad mercantil local, que tiene un cien por ciento de capital suscrito por el Ayuntamiento de Madrid y su régimen jurídico es fundamentalmente el ordenamiento jurídico privado, según el artículo 85 ter de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

El artículo 4.1.p) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, excluye expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos. Además, del artículo 2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones

---

<sup>345</sup> Cfr. Sentencia de 21 de marzo de 1996, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja. (RJCA 1996/267).

Públicas, se colige que se excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a las sociedades mercantiles.

La apelación al art. 47 de nuestra Carta Magna, lo es un principio rector de la política social y económica y, por tanto, no es exigible en vía jurisdiccional.

El derecho de adquisición preferente de los inquilinos cede según el art. 25.7 de la LAU con la venta en globo de las viviendas.

Por lo que en definitiva debemos concluir que, en la enajenación de algunas promociones de viviendas con protección pública a fondos de inversión inmobiliaria por la EMVS, rigen los artículos 1.445 y siguientes del CC.

Los recurrentes justifican su legitimación señalando que son adjudicatarios de viviendas de protección pública, habiendo suscrito contratos de arrendamientos de viviendas - sitas en la promoción Sanchinarro X- directamente afectadas por la enajenación realizada mediante el acto administrativo impugnado.

Indican que se les comunicó la enajenación, advirtiéndoles que la adjudicataria solo debía mantener el régimen de protección pública hasta la finalización de los actuales contratos de arrendamiento suscritos sobre las viviendas de tales promociones, a pesar de ser bienes destinados al fomento de política de acceso a vivienda digna de ciudadanos en situación de especial desprotección.

Destacan los recurrentes que cumplen los requisitos para el acceso a las viviendas de protección pública, encontrándose en situación de especial desprotección, habiendo sido adjudicatarios al cumplir la administración el artículo 47 de la Constitución Española, que garantiza el acceso a la vivienda digna a personas con rentas bajas y que no son titulares de derechos reales sobre otras viviendas. No obstante, considera que, con esta venta, se sitúan en situación de desprotección al limitar el tiempo del arrendamiento.

Considera que el artículo 47 de la Constitución Española prohíbe expresamente la especulación, y la actora ha dispuesto la subasta con un interés especulador.

Destaca que el informe económico señala que la empresa demandada precisa enajenar promociones de viviendas para obtener liquidez a corto plazo por las deudas contraídas y para la obtención de un incremento patrimonial de la sociedad. Pero están sirviéndose para ello de bienes que ya están- garantizando el derecho al acceso de vivienda digna a cientos de familias en situación especial de desprotección que residen en las promociones subastadas.

La parte actora señala que el acto administrativo que se impugna es nulo, por haberse lesionado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, considerando de aplicación a este caso la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

A su vez, la EMVS como parte demandada destaca en su contestación los siguientes hechos:

Que el objeto de la subasta eran las promociones de viviendas con protección pública, para arrendamiento, propiedad de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., sitas en Carabanchel, Pavones EBA 26, Sanchinarro X y Vallecas 6.

Que tanto el artículo 20 del Decreto 11/2005, como el artículo 18 del Decreto 74/2009, al regular la transmisión de promoción de viviendas de protección pública para arrendamiento a terceros, establece que las viviendas podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados, por Promociones completas y a precio libre, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a nuevos titulares. Señalaba la demandada que habían obtenido esas autorizaciones previamente a la formalización de la enajenación en escritura pública por lo que no había obstáculo alguno para enajenar las promociones objeto de la subasta, sin necesidad de esperar la finalización del plazo de protección de calificación, fijando libremente el precio de transmisión.

En cuanto al derecho de tanteo y/o retracto de los arrendatarios, señalaba que era de aplicación de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, en cuyo artículo 25, punto 7, se establece que no habrá lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que forman parte de un mismo inmueble, ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios o mismo comprador la totalidad de los pisos.

En cualquier caso, señalaba que una condición fundamental de la transmisión fue la necesidad de que el adjudicatario respetara las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos en los contratos de arrendamiento vigentes, subrogándose en los derechos y obligaciones que ostenta la EMVS ellas mismas.

Señala por último que el procedimiento seguido fue el legalmente establecido para la enajenación.

La administración demandada destaca que las sociedades mercantiles no se hallan dentro del ámbito de aplicación de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, tal como se desprende de la lectura del artículo 2, que limita su aplicación a la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma, así como a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración Local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas.

Y que aunque el artículo 18 del Decreto 74/2009, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, no dice nada de que la enajenación pueda hacerse por subasta, tampoco se prohíbe.

La alegación de la parte según la cual se produce, por este acuerdo, una vulneración de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, debe ser desestimada por cuanto con reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que indica que "el derecho a una vivienda digna, incluido entre «los principios rectores de la política social y económica», no genera por sí solo un derecho susceptible de reclamación, al tratarse de una invitación de los poderes públicos para que faciliten dicho disfrute dentro de las posibilidades económicas", y no puede fundamentar un recurso de amparo.

Los derechos y libertades cuya vulneración puede fundamentar un recurso de amparo son los determinados solo en el art. 53.2 de la Constitución, que se refiere a los derechos reconocidos en el art. 14 y sección primera del capítulo segundo de la Constitución, que va del artículo 15 a 29. No por tanto el art. 47.

En cuanto a la normativa aplicable al procedimiento, señalar en primer término que viene expresamente excluida la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>346</sup>, a tenor de lo establecido en el art. 4, aunque en el art. 3 se incluyan las empresas mercantiles con participación mayoritaria por la administración en su ámbito de aplicación:

"Artículo 3:

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades<sup>347</sup>:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades, de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a j) del presente apartado sea superior al 50 por ciento<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup> Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. (Vigente hasta el 16 de diciembre de 2011)

<sup>347</sup> El subrayado es propio y no está en el texto oficial.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el arto 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad Jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

2. Dentro del sector público, ya los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1. que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

---

<sup>348</sup> El subrayado es propio y no está en el texto oficial.

2. que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.

Como se ha dicho, en el art. 4, se establece que están excluidos del ámbito de la ley (apartado p) “Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”<sup>349</sup>. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección I del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por ciento del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley”.

Por tanto, la propia ley excluye de su aplicación este caso.

Ahora bien, la remisión a la “legislación patrimonial” tampoco puede entenderse limitada, ni dirigida, en concreto, a la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que no incluye en su ámbito de aplicación a las sociedades

---

<sup>349</sup> El subrayado es propio y no está en el texto oficial.

mercantiles. Así lo establece expresamente en el art. 2: “Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. El régimen Jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma se regirá por esta ley.
2. Serán de aplicación a las comunidades autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho pública vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda”.

En todo caso y dado que se trata de una empresa con participación mayoritaria municipal, podría considerarse aplicable la normativa que rige este tipo de contratos en el ámbito municipal, previendo el art. 80 del R. D. Legislativo 781/1986, Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, que “las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública”.

Las limitaciones y especialidades que se establecen en la Ley 33/2003, deben entenderse dirigidas al patrimonio de las administraciones y entes públicos que entran dentro de su ámbito de aplicación, al que van dirigidas esas reservas, sin que puedan considerarse aplicable por analogía a este, caso. Y, sobre todo, no para considerar que el procedimiento seguido por la administración es absoluta y completamente erróneo, o inadecuado totalmente de forma manifiesta, como para determinar la nulidad de pleno derecho del acto impugnado, tal como propone la parte.

Por último, debe indicarse que la alegación de la actora de que la empresa está incurriendo en especulación, con el sentido peyorativo que la parte está dando ese término, no queda justificada. La especulación que implica intervenir en el mercado para obtener un beneficio económico en función de las fluctuaciones de los precios (en este sentido se define por el diccionario de la Real Academia Española, que se refiere al hecho de “efectuar operaciones comerciales o financieras, con la esperanza de obtener beneficios basados a las variaciones de los precios o de los cambios”), no se encuentra presente en esta operación.

La venta de las promociones se realiza, según el informe emitido, para obtener liquidez, y hacer frente a deudas. Y en cualquier caso, no tiene ninguna relación con la posibilidad de obtener beneficios fuera del tráfico mercantil, o de forma oportunista, por la mera fluctuación de precios o cambios. No puede confundirse la intervención en el mercado con el único objeto de procurar provecho o ganancia en el tráfico mercantil, con la intervención en el mercado para cubrir deudas, en un momento de crisis, y para consolidar la situación de la empresa.

Los recurrentes no cuestionan que exista la autorización que requiere la venta de los bienes. Y la utilización de la fórmula de subasta, que se ordena con carácter general para los bienes inmuebles de las entidades locales, y no viene prohibida por la



normativa específica que regula el régimen de viviendas de protección oficial, también permite la selección de la oferta más ventajosa.

Por tanto, quedan desvirtuados todos los motivos de impugnación que se esgrimen, y procedería la desestimación de la demanda.

### 1. EL CASO DEL CONSORCIO PARA LA POBLACIÓN MARGINADA

El Consorcio para la Población Marginada fue constituido por acuerdo entre el Ayuntamiento de Madrid, a través de la Empresa Municipal de la Vivienda, y la Comunidad de Madrid, a través del IVIMA, siendo cierto que tal Consorcio se extinguió creándose el Instituto de Realojamiento e Integración Social<sup>350</sup> por Ley de la Comunidad de Madrid 16/1998 de 27 de octubre, resultando que conforme al art. 16<sup>351</sup> de esta Ley este Instituto se subrogó en los bienes, derechos y obligaciones contraídos por la Consejería de Obras públicas, urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid por sí o a través del Consorcio para el Realojamiento de la Población Marginada de Madrid, pero en el mismo precepto en el inciso final se dice que “con excepción de aquellos bienes de titularidad del Ayuntamiento de Madrid y de aquellos otros adquiridos con fondos del Ayuntamiento de Madrid que deban revertir en este”.

Ante la novación subjetiva, que supone la subrogación del de Realojamiento e Integración Social o de la propia mercantil municipal, como arrendadoras en aquellos contratos, en su día, suscritos por el Consorcio para la Población Marginada, se ha intentado de forma malintencionada persistir en la ocupación de estas viviendas amparándose en la extinción del meritado Consorcio.

---

<sup>350</sup> Habitualmente conocido por siglas o acrónimo como IRIS.

<sup>351</sup> Artículo 16. Subrogación

1. El Instituto de Realojamiento e Integración Social se subroga en la titularidad de los bienes, derechos y obligaciones que ostenta, o tiene contraídos, con cualesquiera personas públicas o privadas, la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por sí o a través del Consorcio para el Realojamiento de la Población Marginada de Madrid, en relación con el cumplimiento de los fines propios del citado Consorcio en el Convenio de Colaboración por el que se creó, con excepción de aquellos bienes de titularidad del Ayuntamiento de Madrid y aquellos otros adquiridos con fondos del Ayuntamiento de Madrid que deban revertir a éste.

2. El Instituto se subroga, igualmente, en los derechos y obligaciones laborales del Consorcio para el Realojamiento de la Población Marginada de Madrid, respetando las condiciones de trabajo, los salarios y la antigüedad de los trabajadores, así como la plena eficacia en sus términos del contenido del convenio colectivo del citado Consorcio.

En efecto, la Audiencia Provincial<sup>352</sup> cercenó el torticero subterfugio tendente a defender la ocupación de una estas viviendas sociales, propiedad de la EMVS, alegando falta de legitimación activa.

Los ocupantes de la vivienda protegida de la mercantil local alegaron con carácter previo la excepción de falta de legitimación de la entidad actora y ello por cuanto que según el contrato de arrendamiento correspondiente de 11 de Mayo de 1994, cuyo arrendatario, les había cedido a ellos sus derechos, la entidad arrendadora de la finca litigiosa no era sino el Consorcio de la Población Marginada, habiéndose subrogado en los derechos y obligaciones de esta entidad el Instituto para el Realojamiento e Integración Social, sin que fuera esta entidad la parte actora en el procedimiento, negando que realmente ocuparan dicha vivienda sin título alguno ya que lo hacían en virtud del referido contrato, resultando que en cualquier caso el Ayuntamiento de Madrid había venido conociendo de la ocupación de dicha vivienda desde hacía al menos diez años, debiendo haber acreditado la parte actora la causa por la que durante tanto tiempo se les había venido permitiendo dicha ocupación.

*La Audiencia concluye que pese a que la parte apelante en su escrito formalizando el recurso de apelación que nos ocupa se refiere a la incongruencia de la sentencia dictada en instancia, como primero de los motivos de impugnación contra la misma, y ello al no haberse dado respuesta a la excepción de falta de legitimación activa por ella alegada, basta efectuar una somera lectura de la resolución recurrida para ver que aquélla sí dio respuesta a tal excepción, aun cuando textualmente no se refiriera a la misma, en tanto que en el fundamento jurídico segundo de la sentencia ahora apelada la juzgadora indicó cuál era el título en virtud del cual la parte actora en la litis venía actuando, que no era sino el de ser titular propietaria de la vivienda, tal y como se desprendía de la nota simple del Registro de la Propiedad número 41 que figuraba unida al folio 14 de las actuaciones, siendo que precisamente es la cualidad de propietaria de la Empresa Municipal de la vivienda y Suelo de Madrid, S. A. respecto del inmueble litigioso la que le legitima para el ejercicio de una acción de desahucio en precario como la por tal entidad ejercitada.*

## **VI. APLICABILIDAD E INCIDENCIA DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO**

Como sabemos, tanto el derecho de superficie como los derechos de tanteo y retracto, son medios facilitadores de la gestión urbanística y potenciadores de la intervención Administrativa en el mercado de suelo, lo que en definitiva posibilita el desenvolvimiento de las políticas de vivienda protegida.

---

<sup>352</sup> Cfr. St. 10 de octubre de 2012, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Vigésimoprimera.

### 1. CONCEPTO DE DERECHO DE SUPERFICIE<sup>353</sup>

El derecho de superficie, es un derecho real, transmisible, susceptible de gravamen e inscribible en el Registro de la Propiedad y se puede definir como el derecho que permite a quien lo ostenta construir sobre suelo que no es de su propiedad.

Supone una separación entre el soporte de la edificación -suelo- y esta misma, de suerte que quien construye, como titular del derecho de superficie, es propietario de lo construido. De esta suerte, este derecho supone también una ruptura del principio de accesión, según el cual el propietario del suelo se convierte también en propietario de todo lo que se construya sobre él.

Teóricamente, esta figura ha sido concebida como uno más de los medios de fomento de la edificación. Tiene la ventaja sobre otros que el suelo no sale del dominio de la persona que lo constituye y, tratándose de Entidades públicas, permite conseguir las finalidades previstas sin que se merme la masa patrimonial, aunque sí sus posibilidades de disposición. Por parte de quien obtiene tal derecho, permite la construcción, sobre todo de viviendas y, por tanto, el acceso a las mismas, sin tener que efectuar los cuantiosos desembolsos que implica la adquisición del suelo.

Pero participar de estas ventajas teóricas para todos los sujetos que intervienen en el proceso, es difícil en la práctica, dados los condicionantes sociales, no ha tenido una aceptación generalizada, e incluso en aquellos casos en que se han iniciado experiencias de esta naturaleza, después han ido evolucionando hasta encontrar fórmulas en que los titulares del derecho de superficie adquieren también la propiedad del suelo y se vuelve, a los sistemas más tradicionales. Un claro ejemplo de ello, en el que participó hace años la mercantil municipal, que nos está sirviendo de hilo conductor a lo largo de la diversa exposición de temas tratados en el presente trabajo, fue el denominado "Plan 18.000", al que nos referiremos más adelante.

#### A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La Ley del Suelo de 1956<sup>354</sup>, que introdujo el derecho de superficie en el campo urbanístico como una de las medidas directamente encaminadas a fomentar la edificación, explicaba esta disposición en su Exposición de Motivos, con palabras tan claras como las siguientes:

"El fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos; basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera

---

<sup>353</sup> Vid. VV.AA., Máster en dirección y gestión integral de empresas inmobiliarias y de la construcción, módulos IV y VI, UNED, 2006, Pp. 311 a 313.

<sup>354</sup> Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por Entidades públicas y por particulares".

La Ley de 1975, que reformó la anterior, contiene también en su Exposición de Motivos, varios párrafos dedicados a poner de relieve las ventajas de esta figura y de intentar potenciarla e introducir novedades que la hicieran más aceptable socialmente. El legislador termina diciendo que "con estas innovaciones y con el otorgamiento de determinados beneficios se aspira a crear los presupuestos económicos y jurídicos indispensables para que esta figura deje de ser una pura posibilidad legal y adquiera carta de naturaleza en la realidad urbanística española".

Con estos, antecedentes, la regulación se plasma en el Texto Refundido de la Ley del suelo de 1992<sup>355</sup> (arts. 287 y siguientes). La Sentencia del T.C. número 61/1997, que resuelve las impugnaciones contra este texto, "desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la Legislación Civil que, en virtud del art. 149. 1. 8º CE corresponde al Estado establecer. Por ello, los arts. 287.2, 288. 3 Y 289 Texto Refundido de la Ley del suelo (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado y su extinción), son conformes al orden constitucional de competencias, sin que se advierta en su regulación extralimitación alguna"<sup>356</sup>.

Por su parte, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid dedica también a la regulación del derecho de superficie sus artículos (179 a 181). Así, en cuanto a la constitución y destino, el art. 179 de la ley 9/2001 CAM, señala que "la Administración de la Comunidad de Madrid y los Municipios podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del Patrimonio Público del Suelo". En el mismo artículo, se indica que su destino será "la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de integración social, equipamientos, así como a otros usos de interés social".

Por su parte, el art. 40 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo establece que "El derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado"

En cuanto a su naturaleza jurídica y ordenación normativa, el art. 40. 4 del mismo texto legal dispone que "El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho."

---

<sup>355</sup> Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Vigente hasta el 27 de junio de 2008.

<sup>356</sup> STC 61/1997 de 20 de marzo, Fundamento Jurídico 38.

En cuanto al régimen jurídico, el mismo art. 40 en su apartado 2 exige la constitución del derecho de superficie formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Respecto a las contraprestaciones, el apartado 3 del repetido artículo dice que podrá constituirse a título gratuito -aunque la Ley no establece en qué supuestos- y oneroso. En este último caso, "la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros o, en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie".

El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por las Administraciones Públicas (Comunidad de Madrid, Ayuntamientos y demás personas públicas), ni de noventa y nueve en el concedido entre particulares (art. 180 Ley 9/2001 CAM y art. 40.2 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo).

En cuanto a la extinción y sus efectos, cabe señalar que el derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo de concesión. Asimismo, se extinguirá cuando no se edifique en el plazo previsto en el acto de otorgamiento de la licencia, generándose una suerte de derecho de reversión en favor del propietario.

Cuando se extinga por el transcurso del plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido aquel derecho. Esta extinción provocará la de toda clase de derechos reales y personales impuestos por el superficiario.

En el supuesto de que, por cualquier circunstancia, se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

La concesión del derecho de superficie gozará de los beneficios derivados de la Legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos (art. 181 Ley 9/2001 CAM).

## 2. RESEÑA AL DENOMINADO "PLAN 18.000"

Un ejemplo práctico de intervención de la Administración, en este caso municipal, para fomentar la edificación de vivienda protegida, bajo el paraguas del derecho de superficie es el llamado "plan 18.000".

Desde el año 1984 el Ayuntamiento de Madrid intervino en el mercado del suelo realizando diversas ofertas de parcelas destinadas a la construcción de viviendas de Protección Oficial, mediante la fórmula, entre otros, de constitución de derechos de superficie, con carácter gratuito, sobre parcelas municipales, a favor de los adjudicatarios resultantes de diversas convocatorias, entre ellas los denominados Plan 18.000 y Demanda Esencial Insatisfecha (DEI).

Recientemente, se planteó dar a los superficiarios la posibilidad de adquirir la titularidad del suelo, con lo cual consolidarían la plena propiedad a su favor, motivo por el cual el Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo, aprobó el Pliego de Condiciones Económico Administrativas que rige la enajenación directa y onerosa de parcelas del Patrimonio Municipal del Suelo cedidas en su día en derecho de superficie, para la construcción de viviendas protegidas y a favor de los superficiarios que lo solicitaran.

El Pliego correspondiente regula la enajenación directa y onerosa, a cada uno de sus titulares superficiarios, de la cuota de suelo que les corresponde de las viviendas, locales comerciales, anejos y garajes, en la misma proporción a las cuotas que dichos inmuebles tienen asignados en los elementos comunes que integran cada uno de los edificios construidos en las parcelas municipales cedidas en derecho de superficie a través del denominado Plan 18.000 y otras convocatorias denominadas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y Demanda Esencial Insatisfecha (D.E.I.), que se relacionan en Anexo del Pliego, cuyas Fichas de Inventario del Patrimonio Municipal del Suelo se unen al correspondiente expediente, acreditándose asimismo respecto de las mismas, su identidad registral y la no existencia de cargas o gravámenes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas en su día sobre alguna de las fincas de procedencia.

El Ayuntamiento procederá a la venta de las cuotas correspondientes a sus titulares superficiarios con independencia de la conformidad o no del resto de los titulares superficiarios que constituyan cada Comunidad o Mancomunidad de Propietarios. Con ello se pretende extender la posibilidad de la adquisición de la cuota de suelo que corresponda a cada vivienda, a todos los superficiarios y no solo a los que en su día alcanzaron el requisito de unanimidad en las diferentes Comunidades de superficiarios constituidas en régimen de propiedad horizontal.

La enajenación de estas parcelas a sus superficiarios se enmarca dentro del cumplimiento de las finalidades públicas y sociales previstas en la normativa para el Patrimonio Municipal del Suelo, en orden a rematar la intervención municipal en el mercado de la vivienda de Madrid, facilitando el acceso futuro a la plena propiedad del suelo y vuelo a aquellos titulares de derechos de superficie que así lo deseen.

Por lo tanto, la finalidad o función económico-social que se pretende conseguir con la enajenación directa y onerosa de las cuotas de suelo correspondientes a los pisos, locales y garajes de los superficiarios, no es otra que cada adquirente y superficiario adquiera la cuota de suelo correspondiente a su piso, garaje, anejo o

local en su caso, y en la misma proporción o cuota que corresponda a dicha edificación en la propiedad horizontal, de forma que pueda consolidar en su día, a la extinción del derecho de superficie, la plena propiedad del mismo.

La enajenación de dicho suelo, que se integra en el patrimonio municipal del suelo del Ayuntamiento, no perjudica ni minora el mismo, en cuanto que la configuración del patrimonio público de suelo como patrimonio separado y vinculado a sus fines específicos, determina que los ingresos que se perciban como consecuencia de los actos de enajenación de bienes del mismo queden sujetos a las finalidades propias de dicho patrimonio, de conformidad con lo establecido en el artículo 173.2 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Respecto a la fundamentación jurídica para permitir la posibilidad de venta directa de las cuotas de suelo, se encuentra en los derechos de tanteo y retracto que asisten a los superficiarios a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.636 del CC, de aplicación supletoria a la regulación establecida para el derecho de superficie en las sucesivas leyes de suelo.

Así pues, el derecho de superficie se regula por las disposiciones de las leyes de suelo vigentes en el momento de su constitución y supletoriamente tal y como se reflejó en los títulos de constitución, por el derecho privado con remisión a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria<sup>357</sup>, artículo 16 de su Reglamento<sup>358</sup> y artículo 1.611 del CC, que remite a su vez a lo dispuesto en el artículo 1.636 que recoge los tanteos y retractos indicados.

Debe considerarse además la aplicación supletoria y analógica de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas que contempla como uno de los supuestos de adjudicación directa de los inmuebles pertenecientes a la Administración que tengan la calificación de bienes patrimoniales, el previsto en el art. 137.4 i) de la referida Ley: "cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble".

Igualmente el art. 137. 4. h) del mismo texto legal contempla la venta directa de bienes inmuebles "cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal".

Dicho precepto puede considerarse también de aplicación supletoria al supuesto de enajenación que nos ocupa en cuanto que, a falta de previsión y regulación de los derechos de tanteo y retracto por la legislación específica reguladora de los Patrimonios Públicos de Suelo - Ley del Suelo 9/2001- y de la forma de efectuar la

---

<sup>357</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

<sup>358</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

enajenación de dichos bienes en los casos de tanteos y retractos indicados, serían de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, (por remisión del artículo 1. 2. b del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales<sup>359</sup>), disposiciones, que como señalo, contemplan para estos supuestos la enajenación directa del inmueble.

En idénticos términos se pronuncia el artículo 50.4 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, que permite la enajenación directa de bienes inmuebles cuando existan derechos de adquisición preferente a favor de terceros o razones excepcionales debidamente justificadas.

Debe considerarse igualmente, el argumento de la analogía y la admisión de la enajenación directa que contempla el supuesto del artículo 103 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, -recogido también en el artículo 3.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se prueba la el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales- cuando se acuerde la enajenación onerosa de bienes patrimoniales a los titulares de derechos vigentes sobre los mismos derivados de concesiones otorgadas cuando los bienes tenían la condición de demaniales.

Como consecuencia de dicha enajenación, el Ayuntamiento transmite y el superficiario adquiere la cuota de suelo que corresponda a cada vivienda, plaza de garaje, anejo, trastero o local comercial en su caso, de la que en el momento de la enajenación sea titular superficiario el adquirente, en los términos de su inscripción registral y en el mismo régimen que en la misma aparece inscrito.

El comprador por su parte deberá abonar el precio, gastos de escritura pública, gastos de inscripción en el Registro, gastos tributarios y en general cualquier otro gasto extraordinario que se produzca como consecuencia de la venta. Igualmente el comprador se obliga a cumplir el resto de las obligaciones que se deriven del cumplimiento del clausulado del presente Pliego.

Los interesados en la tramitación de dicho procedimiento, tendrán derecho a obtener toda la información necesaria que precisen en todo momento de la marcha del proceso, así como la aclaración o resolución de cualquier duda planteada, a través de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid.

Además, en aquellos supuestos en los que se acredite por parte de la Comunidad de Propietarios la conformidad de todos los titulares superficiarios a la compra del suelo, sus solicitudes tendrán preferencia en su tramitación, siempre que cumplan con los demás requisitos exigidos en el presente Pliego.

---

<sup>359</sup> Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.



Los compradores adquieren también la obligación de no transmitir separadamente, una vez adquirida su cuota, dicha cuota de suelo y su propiedad superficiaria.

En consecuencia con lo establecido en el apartado anterior, la enajenación por el Ayuntamiento de Madrid, a los titulares superficiarios del porcentaje del suelo que les corresponda, queda sometida a la condición resolutoria expresa de que no se produzca una transmisión de la cuota del suelo con independencia del piso, plaza de garaje o local comercial respectivo. Dicha condición resolutoria expresa se incorporará en la escritura pública de enajenación a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria y artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

Dicha condición resolutoria expresa operará de forma automática, produciendo la resolución de pleno derecho de la compraventa en caso de procederse a la transmisión en la forma antes referida, revirtiendo al patrimonio municipal del suelo la cuota de suelo enajenada al superficiario.

En el momento de extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo de vigencia establecido en su título constitutivo, el superficiario, propietario de la cuota de suelo que le ha sido transmitida en virtud de la presente enajenación, hará suya, sin indemnización alguna, la plena propiedad de su piso, garaje, anejo o local en su caso, con el suelo correspondiente a los mismos, quedando constituido dicho elemento o edificación en el mismo régimen y con la misma cuota de propiedad horizontal, y resueltos los derechos personales o reales existentes sobre el derecho de superficie extinguido y, por tanto, las edificaciones realizadas.

Es por ello que la consolidación de la plena propiedad se producirá en ese momento, para cada superficiario en su propio piso, garaje, anejo, o local comercial en su caso, quedando además el mismo constituido en idéntico régimen de propiedad horizontal que se establece ahora para la propiedad superficiaria.

Así pues, tanto el Ayuntamiento de Madrid como el adquirente, se comprometen a desarrollar y cumplir todas las actuaciones precisas para conseguir dicho efecto jurídico al tiempo de la extinción de la superficie comprometiéndose además a que, en el supuesto de futura venta conjunta de cuota y superficie, el adquirente asuma idéntica obligación.

Por su parte, en cuanto a las cuotas de propiedad no transmitidas en este procedimiento, una vez finalizado el plazo de vigencia del derecho de superficie, revertirán al Ayuntamiento de Madrid los derechos de superficie correspondientes a las viviendas y elementos que figuren en la división horizontal de cada edificio cuyos titulares superficiarios no hayan adquirido la cuota de suelo correspondiente, constituyéndose el Ayuntamiento en pleno propietario sin indemnización alguna de los correspondientes pisos, garajes, anejos y locales comerciales que igualmente quedarán constituidos en el mismo régimen de propiedad horizontal, asumiendo las partes idénticas obligaciones que las

determinadas en el párrafo precedente para conseguir dicho efecto. Asimismo quedarán resueltos los derechos personales o reales existentes sobre el derecho de superficie extinguido y, por tanto, sobre las edificaciones realizadas.

De la misma forma, para las partes la finalidad y efecto de este negocio jurídico, será adquirir las concretas cuotas de suelo que corresponden y son correlativas a cada piso, garaje, anejo o local en su caso, cuotas que serán idénticas a las asignadas a cada una de estas fincas en el régimen de propiedad horizontal.

En tanto que la extinción del derecho de superficie no se produzca, si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario en un mismo titular, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie conforme a lo dispuesto en el artículo 41.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

### 3. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

Aunque se trata de derechos admitidos y regulados por la mayor parte de las legislaciones, su utilización en la práctica está muy lejos de convertirlos en un instrumento generalizado y altamente eficaz, aunque no sea menos cierto que sin su inclusión en la norma, sería imposible su ejercicio<sup>360</sup>.

En realidad, se trata de un mismo derecho de adquisición, que se manifiesta en dos fases distintas: cuando se pretende enajenar el inmueble o cuando éste ya ha sido enajenado. Los derechos de tanteo y retracto son derechos reales que facultan a la Administración para adquirir con carácter preferente un inmueble, bien de quien lo transmite (tanteo) o bien de quien lo adquirió previamente (retracto), mediante el pago de su precio. La diferencia, por tanto, será de carácter temporal, es decir, del momento en que se ejercite este derecho de adquisición preferente.

Estos derechos presentan los siguientes caracteres: son legales, por cuanto su origen está en la Ley; renunciables; preferentes; limitados en cuanto a su ejercicio en los plazos marcados en la Ley; intransmisibles; circunscritos solamente a los bienes objeto de transmisión y, por último, onerosos.

---

<sup>360</sup> En este apartado Vid. Boletín informativo de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo, Nº 73, 2002, Pp. 3 a 39.

Respecto al derecho de adquisición preferente generado en el arrendamiento, RUIZ-RICO<sup>361</sup> afirma que, en la misma línea de las leyes precedentes aunque con diferencias sustanciales en su regulación, la LAU concede al arrendatario un derecho de adquisición preferente que le permite acceder a la propiedad de la vivienda arrendada si el arrendador decide enajenarla mientras está vigente el contrato de arrendamiento. Como derecho de origen legal, es oponible *erga omnes*. No obstante, se declara válido el pacto por virtud del cual el arrendatario renuncie al derecho de adquisición. Pactada la renuncia, el arrendador deberá comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa.

El titular del derecho de adquisición preferente es el arrendatario de vivienda; ya ostente esta condición desde el inicio, ya haya accedido a ella por vía de subrogación en el contrato. Lo importante es que lo sea en el momento de ejercitar el derecho. La causa determinante del derecho de adquisición preferente es, exclusivamente, la venta (art. 25.1 LAU). Debe entenderse incluido el caso de enajenación judicial o administrativa.

Es imprescindible que el objeto de la venta y el del arrendamiento coincidan, ya que es la previa titularidad arrendaticia, la que justifica el reconocimiento del derecho. Es por ello que el art. 25.7 LAU excluye el derecho de adquisición cuando la vivienda arrendada se vende conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte del mismo inmueble, y cuando se venden de forma conjunta por distintos propietarios, a un mismo comprador, la totalidad de los pisos o locales del inmueble. Pero si en el inmueble solo existe una vivienda, el arrendatario conserva el derecho de adquisición preferente. Igualmente, cuando la venta recaiga, además de sobre la vivienda, sobre los demás objetos alquilados como accesorios por el mismo arrendador, el arrendatario no podrá ejercitar los derechos de adquisición preferente sólo sobre la vivienda.

El derecho de adquisición preferente tiene dos manifestaciones: derecho de tanteo y derecho de retracto. No funcionan cumulativamente; si el arrendatario, pudiendo ejercitar el derecho de tanteo, no lo hace en el plazo legalmente establecido a tal fin, no podrá después hacer suya la finca mediante el derecho de retracto.

El derecho de tanteo faculta al arrendatario para adquirir, con preferencia a cualquier otro sujeto, la propiedad de la finca arrendada cuando el arrendador proyecta su venta. Señala el art. 25.2 LAU que el arrendatario podrá ejercitar el derecho de tanteo en el plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión. Los efectos de dicha notificación caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.

---

<sup>361</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 319 a 321.

El derecho de retracto otorga al arrendatario la facultad de adquirir la finca arrendada, una vez que ya ha sido enajenada a tercero, entregando el precio que se pagó por ella y los gastos a que alude el art. 1.518 CC. Puede hacer uso del mismo, el arrendatario que no haya ejercitado el derecho de tanteo por causa a él no imputable. En concreto, cuando no se hubiese hecho al arrendatario la notificación de la decisión de vender la finca, o se hubiese omitido cualquiera de los requisitos exigidos, y también cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales. Igual que el derecho de tanteo, el de retracto tiene un plazo de caducidad de treinta días naturales, a contar desde el siguiente a la notificación de las condiciones esenciales en que se efectuó la venta. Esta notificación ha de realizarla el adquirente de la finca mediante la entrega de copia de la escritura o documento en que fue formalizada aquélla.

Con la idea de asegurar los derechos del arrendatario, el art. 25.5 LAU sujeta la inscripción de los títulos de venta de viviendas arrendadas, en el Registro de la Propiedad, a la justificación de haber realizado las notificaciones previstas en la Ley.

Los derechos de tanteo y retracto del arrendatario son preferentes a cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figure inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento (art. 25.4 LAU).

Estos derechos se encuentran en la zona intermedia entre la expropiación y la compraventa libre. A diferencia de la expropiación, es el propietario y no la Administración, el que inicia la transferencia de propiedad. A diferencia de la compraventa, el propietario está obligado a ofrecer a la Administración la posibilidad de que ésta adquiera el bien con prioridad, en lugar de elegir libremente al comprador. Constituye, por ello, una más de las medidas adoptadas por la Administración para intervenir en el mercado inmobiliario.

Respecto a sus antecedentes legislativos en nuestro Derecho, solo la Ley urbanística de 1956<sup>362</sup> contenía una alusión a tales derechos en su art. 160, respecto a la enajenación onerosa del derecho de superficie, aspecto que fue eliminado en la Ley de 1975<sup>363</sup>.

La introducción de estos derechos en la Legislación urbanística se produce con la Ley 8/1990<sup>364</sup>. La Exposición de Motivos de dicha Ley los considera como instrumentos facilitadores de la gestión urbanística, señalando que "la virtualidad de los derechos de tanteo y retracto está contrastada en otros sectores del ordenamiento y si bien es cierto que su empleo efectivo depende, en gran medida, de las disponibilidades de

---

<sup>362</sup> Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

<sup>363</sup> Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

<sup>364</sup> Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

recursos de las Entidades llamadas a ejercerlos, también lo es que, sin el respaldo que le proporciona esta Ley, su utilización no sería viable, ni siquiera jurídicamente".

Desaparecida cualquier referencia a los derechos de tanteo y retracto en la Legislación estatal, las Legislaciones autonómicas, en los últimos años, se han preocupado de regular estos derechos. Así la Ley 9/2001, de 17 de julio<sup>365</sup> que contiene la regulación de estos derechos como instrumentos de incidencia en el mercado inmobiliario (arts. 182 a 187).

La nueva Ley suprime los derechos de tanteo y retracto a favor de la Comunidad de Madrid que incluía la anterior Ley 9/1995<sup>366</sup>, respecto de las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sean terrenos o edificaciones, que se produjesen en el ámbito de las Zonas de Interés Regional de Actuación Diferida.

La actual regulación podría sintetizarse de la forma siguiente:

### a) Ámbito subjetivo. Titulares de los derechos

Con carácter general, podrán ser titulares de estos derechos tanto la Comunidad de Madrid como los Municipios (art. 182. 1, a), aunque en algunos supuestos, como luego veremos, únicamente se autoriza el ejercicio de estos derechos a la Comunidad Autónoma. La Ley señala que los derechos podrán ser ejercidos indistintamente por cualquiera de dichas Administraciones, ordenándose tal ejercicio por la regla de la prioridad temporal. Esta concreción, no contenida en la Ley anterior, no parece la más adecuada sin sujetarse a unas previsiones de relaciones o avisos entre Administraciones. Mejor hubiera sido utilizar el principio de subsidiariedad o dejar el ejercicio de los derechos a la Administración que hubiera delimitado los ámbitos, sin perjuicio, en todo caso, de posibilitar las actuaciones subsidiarias en los supuestos de inactividad.

### b) Ámbito objetivo. Derechos sujetos

Estarán sujetos:

b.1) Las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sean terrenos, construcciones o edificaciones, así como

b.2) La constitución y transmisión, igualmente onerosos, de derechos reales sobre los mismos.

### c) Ámbito territorial

---

<sup>365</sup> Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

<sup>366</sup> Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo.

A favor tanto de la Comunidad de Madrid como de los Ayuntamientos, estarán sujetos al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto las actuaciones realizadas en:

c.1) Las reservas de terrenos para el Patrimonio Público del Suelo delimitadas por los instrumentos de ordenación del territorio y de Planeamiento urbanístico.

c.2) Los ámbitos O terrenos sujetos por el Planeamiento urbanístico a rehabilitación del Patrimonio arquitectónico con finalidad residencial.

c.3) Espacios naturales protegidos.

cA) Zonas de suelo no urbanizable de protección, o urbanizable no sectorizado, que se delimiten con esta finalidad por los instrumentos de ordenación del territorio o de planeamiento urbanístico o por acuerdo municipal o resolución de la Consejería competente en materia de Ordenación Urbanística, previa información pública por plazo de veinte días.

c.5) En los demás casos previstos por la Legislación sectorial.

Exclusivamente a favor de la Comunidad de Madrid, estarán sujetas las actuaciones que se realicen en terrenos y edificaciones que por su calificación urbanística deban destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. En estos supuestos, la delimitación se efectuará en los instrumentos de ordenación territorial o planeamiento urbanístico, o por resolución de la Consejería competente en materia de Ordenación Urbanística, previa información pública por plazo de veinte días.

d) **Ámbito temporal**

El plazo máximo de sujeción de las transmisiones a los derechos de tanteo y retracto será de ocho años, a contar desde la correspondiente delimitación, salvo en los espacios naturales protegidos, en los que tendrán vigencia indefinida en tanto subsista aquella declaración.

e) **Ámbito normativo**

El ejercicio de los derechos se regirá por la Ley 9/2001 y sus normas de desarrollo y, en lo no previsto en las mismas, por la Legislación general de pertinente aplicación.

Según el art. 183 de la Ley 9/2001, tanto en la Consejería de Ordenación Urbanística como en los Municipios de más de 15.000 habitantes, y en todos aquellos que así lo acuerden, funcionará un Registro, organizado por ámbitos territoriales, donde se inscribirán todos los actos jurídicos de que sean objeto los bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto.

Previsión poco rigurosa, por cuanto, en la práctica, pudiera ocurrir que remitiesen datos idénticos los titulares de los Registros -autonómico y municipal-, con

duplicación, por tanto, de los mismos, en contra de los principios que rigen la actuación de las Administraciones.

Los propietarios de terrenos, construcciones y edificaciones que pretendan realizar actos sujetos a estos derechos deben notificar su propósito, en debida forma, a las Administraciones titulares de los mismos, a través de los órganos a cuyo cargo se encuentre el Registro Administrativo. En los Ayuntamientos que carezcan de Registro, la pertinente comunicación se dirigirá a la Consejería competente en Ordenación Urbanística.

A los efectos de cumplimentar las disposiciones legales, el art. 184 de la ley 9/2001 de la CAM, establece que tendrán la consideración de transmisiones onerosas, aquellas que supongan la transmisión, también onerosa, de más del 50 por ciento de las acciones o participaciones de sociedades mercantiles cuyo activo esté constituido, en más del 60 por ciento, por terrenos, construcciones o edificaciones sujetos al ejercicio de estos derechos.

Los efectos derivados del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, caducarán por el mero transcurso del plazo de tres meses, desde la adopción de la correspondiente resolución de adquisición sin que la Administración haya hecho efectivo el precio en la forma convenida.

Si el precio tuviera que ser abonado en distintos plazos, el incumplimiento por la Administración, de cualquiera de ellos, dará lugar a que el acreedor pueda instar la resolución de la transmisión a favor de aquella.

Por otra parte, el precio podrá pagarse en metálico o mediante la entrega de terrenos de valor equivalente cuando haya acuerdo entre las partes. Cuando se pague en terrenos, no regirá el plazo de tres meses y sí el que, libremente, hubiesen pactado las partes.

Cuando la transmisión que haya motivado el ejercicio de estos derechos consista en una permuta de terrenos, con o sin construcciones o edificaciones, por una edificación o construcción nueva o parte de ella, a construir en dichos terrenos, la Administración quedará igualmente obligada a la entrega de la notificación o construcción nueva en la cantidad y las condiciones acordadas por las partes.

Según el art. 187 ley 9/2001, cuando sea la Administración la que haya adquirido, como consecuencia del ejercicio de estos derechos, estará obligada a incorporar el bien al correspondiente Patrimonio Público del Suelo. En todo caso, a dar al mismo un destino conforme a la causa que motivó la sujeción a dichos derechos.

El cumplimiento de la obligación durante, al menos, los ocho años siguientes al ejercicio del derecho, impedirá al transmitente a instar la resolución de la transmisión realizada a favor de la Administración.

#### 4. SUPUESTO PRÁCTICO DE DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO

Una pareja de hecho integrada por dos minusválidos, inscritos en el Registro Permanente de Solicitantes de Vivienda de la EMVS, resultaron adjudicatarios en una de las Convocatorias de una vivienda protegida adaptada a sus minusvalías físicas. La EMVS otorgó escritura de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario en proindiviso a favor de ambos. Dicha vivienda constituía el domicilio habitual y permanente de dicha pareja.

Desgraciadamente, uno de los componentes de la pareja falleció. La progenitora del fallecido, concluidos los correspondientes trámites hereditarios, instó un procedimiento judicial ejercitando la acción de división de cosa común sobre la vivienda.

Tras la tramitación judicial oportuna, y al no ponerse las partes en litigio de acuerdo, informando el perito tasador designado el valor de la finca objeto del procedimiento, el Juzgado acordó anunciar la venta en pública subasta de la citada finca de Madrid para la ejecución de la sentencia recaída en el mencionado procedimiento. Motivo por el que ella se dirige a la EMVS, con la esperanza de que se le dé una solución a su “calvario” particular.

El Director de los Servicios Jurídicos de la EMVS comunicó al correspondiente Juzgado de Primera Instancia los siguientes extremos:

Que la EMVS es una sociedad anónima con capital íntegramente municipal que gestiona el servicio público de vivienda del Ayuntamiento de Madrid, fue la promotora de dicha vivienda.

Que dicha vivienda se encuentra calificada como vivienda de Protección Pública, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 14/2008 de 11 de enero y Orden 166/2008, de 4 de abril.

Que en virtud de escritura de compraventa con subrogación en préstamo hipotecario, otorgada por la EMVS, ante notario de Madrid, se vendió la mencionada vivienda a favor de los adjudicatarios, uno de los cuales es el fallecido.

Que conforme a dicha escritura y al régimen legal aplicable como consecuencia de la calificación, la EMVS ostenta sobre la misma un derecho de tanteo y retracto, derecho cuya vigencia temporal se mantiene.

En dicha subasta ofreció la mejor postura un tercero, con inminente riesgo de desposeer a la propietaria supérstite de su morada.

El Juzgado de Primera Instancia notifica a la EMVS un oficio para que, si a su derecho conviene, en el plazo de un mes pueda ejercitar su derecho de tanteo y retracto respecto de la finca de la que se ha celebrado subasta antes referida. La EMVS ejercita su derecho de tanteo y retracto que le correspondía. La finalidad de que la EMVS ejerza el derecho de tanteo y retracto respecto de la meritada finca es



la inmediata transmisión posterior a la adjudicataria supérstite, por el precio resultante de ejercitar dicho derecho de tanteo y retracto incrementado en cuantos gastos, impuestos, tasas, etc. resulten de tal transmisión.

Dicha transmisión tendrá coste cero para la EMVS, asumiendo la adjudicataria los gastos por cualquier concepto y resarciendo a la EMVS si ésta hubiera adelantado cualquier pago.

La postura u oferta se hizo saber por el Juzgado a la EMVS a fin de que pudiera ejercitar su derecho de tanteo y retracto.

La EMVS ha hecho ejercicio del derecho de tanteo, habiendo consignado el precio del remate.

Habiendo dado traslado el Juzgado del ejercicio del derecho de tanteo, ni las partes ni el rematante han hecho objeción alguna. Se ha cumplido lo preceptuado en los artículos 643 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil y constando registralmente el derecho de tanteo de la EMVS y habiéndose consignado por ésta el precio del remate procede, accediendo a lo solicitado, dictar decreto por el que se adjudique la finca subastada a la EMV en la suma de la mejor postura. Por tanto, se adjudica a la EMVS el inmueble mencionado y se hace entrega al adjudicatario, firme la resolución, de testimonio de la misma que servirá de título bastante para su inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

## **VII. SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL (DE CAPITAL PÚBLICO)**

Es sabido que la EMVS, es una Sociedad mercantil local, cuyo capital social es de titularidad pública al estar suscrito el cien por cien por el Ayuntamiento de Madrid, y que de conformidad con el art. 85 de la ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local, tiene encomendada por el Ayuntamiento de Madrid la gestión directa del servicio público de la vivienda y suelo de Madrid.

Teniendo en cuenta lo anterior, se plantea si cuando contrata dicha mercantil municipal está realizando actuaciones propias del Derecho Administrativo, dado el carácter público que la misma tiene y siendo indiferente que sea un organismo autónomo o una entidad pública empresarial.

La EMVS es una sociedad mercantil que se rige por sus estatutos fundacionales, aprobados por Acuerdo de 28/02/1997, con personalidad jurídica propia e independiente del Ayuntamiento de Madrid.

En el sector público actúan tres categorías principales de personas, y no se puede confundir persona con Administración Pública, que son las Administraciones

públicas en sí mismas, es decir, los entes puros de derecho administrativo, y son: las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica pública que son los organismos autónomos, las empresas con personalidad jurídica pública, y por último las empresas mercantiles con personalidad jurídica privada. Para que los litigios en los que sean partes demandadas hayan de ser resueltos por la jurisdicción contenciosa, solo será competente ésta cuando estemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, y ello exige que quien haya generado esta última lo sea.

A título ilustrativo, aplicando el artículo 5<sup>367</sup> de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa e invocando la doctrina jurisprudencial declarada en los autos<sup>368</sup> de la Sala de Conflictos de Competencia de Tribunal Supremo, se declaró la falta de jurisdicción del Orden Contencioso Administrativo para conocer del asunto, por corresponderle al Orden Jurisdiccional Civil, por haberse planteado la acción exclusivamente contra una sociedad municipal de naturaleza mercantil y, subsidiariamente, contra su compañía aseguradora, sin que, a la vez, se hubiese demandado al Ayuntamiento de Madrid.

Como previene el artículo 5.1 de la Ley Jurisdiccional, “la Jurisdicción Contencioso-administrativa es improrrogable”, siendo apreciable su falta incluso de oficio por los órganos de este orden jurisdiccional<sup>369</sup>, lo que puede tener lugar en cualquier momento del proceso tan pronto como sea advertida<sup>370</sup>.

Pues bien, en este caso como el auto apelado puso de relieve, la demanda de instancia no se dirigió contra el Ayuntamiento de Madrid, sino solo contra la EMVS.

---

<sup>367</sup> Artículo 5

1. La Jurisdicción Contencioso-administrativa es improrrogable.
2. Los órganos de este orden jurisdiccional apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días.
3. En todo caso, esta declaración será fundada y se efectuará indicando siempre el concreto orden jurisdiccional que se estime competente. Si la parte demandante se personare ante el mismo en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución que declare la falta de jurisdicción, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si hubiere formulado éste siguiendo las indicaciones de la notificación del acto o ésta fuese defectuosa.

<sup>368</sup> Cfr. Autos de 19 de diciembre de 2013, 25 de septiembre de 2012, 20 de julio de 2012, 28 de junio de 2010 y 20 de diciembre de 2004.

<sup>369</sup> Vid. Art. 7.2 de la Ley citada.

<sup>370</sup> Vid. Art. 37 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por aplicación supletoria en virtud de la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Conforme a los artículos 1 y 5 de sus Estatutos, dicha entidad es una sociedad mercantil municipal con la forma de sociedad anónima, de cuyo capital social es titular exclusivo el Ayuntamiento de Madrid y cuyo régimen legal se acomoda íntegramente al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control eficacia y contratación, y en lo establecido en sus Estatutos, por lo que resultan plenamente aplicables al caso los autos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo precitados, así como el auto número 11/2014 de 12 de junio, de dicha Sala, que resolvió, a favor de la Jurisdicción Civil, un conflicto negativo de competencia entre ésta y la Contencioso Administrativa para conocer de la reclamación de indemnización promovida por una compañía aseguradora -a consecuencia de un siniestro consistente en la rotura del alcantarillado público municipal-, que no se había dirigido contra el Ayuntamiento titular de la red y del servicio, sino exclusivamente contra la empresa concesionaria del mismo, que era una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, participada por capital público y cuyos actos se regían por el Derecho Privado, sin participar del ejercicio de potestades administrativas, por lo que no podía tener la consideración de Administración Pública a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y art. 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su art. 2 dice: "Ámbito de aplicación: 1.- Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones públicas: a) La Administración General del Estado; b) las Administraciones de las Comunidades Autónomas; e) las Entidades que integran la Administración Local; y 2.- Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de Administración pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

De la lectura de este precepto resulta claro que no están sujetos a la Ley indicada las Entidades mercantiles con personalidad jurídica privada, porque están sometidas al Derecho privado; pero además la Ley de Régimen Local en su artículo 103.1 dispone que "en los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad Local la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representado al capital social", lo que está ratificado a su vez por el artículo 89.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

De otra parte, conforme al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Artículo 20)

1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas. Rigiéndose dichos contratos en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado conforme al apartado 2 del mismo artículo 20. Por lo que, conforme al artículo 21.2 de la misma Ley de Contratos, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.

De toda esta normativa queda patente que la EMVS está sujeta a las normas de derecho mercantil, civil o laboral, y en el ámbito procesal a la jurisdicción civil, no siendo de aplicación a la exigencia de responsabilidad, si se produce, los artículos 139, 142 Y 143 de la LRJAP.

En consecuencia, al no tratarse de un supuesto comprendido en el artículo 1 de la LJCA, no le corresponde la competencia a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La Jurisdicción competente para conocer no puede ser otra que la Jurisdicción Civil, y no la Contencioso-Administrativa, por cuanto la EMVS es una sociedad mercantil que se rige por sus estatutos fundacionales, con personalidad jurídica propia e independiente del Ayuntamiento de Madrid, estando sometida la cuestión planteada al derecho privado.

En este sentido el art 20 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico, dispone que: "Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de contratos de las Administraciones Publicas". Dichos contratos en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado y por tanto siendo competente la jurisdicción civil para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción.

## 1. IMPROCEDENCIA DEL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO

Dentro de las facultades y prerrogativas determinadas legalmente para la protección posesoria con carácter general para todas las Administraciones Públicas, se encuentra la figura del desahucio administrativo.

El desahucio administrativo es una “cenicienta” del Derecho administrativo<sup>371</sup>, que pasa desapercibida frente al influyente desahucio civil.

En opinión de RUIZ LÓPEZ<sup>372</sup>, quizá haya influido en esta situación de abandono el hecho que su reconocimiento general haya sido tardío, pues el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado<sup>373</sup> no contempló la potestad por desahucio. Es la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas la que la consagra con carácter básico en su art. 58. En el ámbito local, su consagración viene de la mano del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955<sup>374</sup>. El entrecruzamiento entre el Derecho Público y el Derecho Privado encuentra aquí una de sus expresiones más fecundas.

Para GOSÁLBEZ PEQUEÑO<sup>375</sup>, la LRBRL atribuye a las Corporaciones Locales una potestad administrativa específica con el fin de “recuperar la posesión” de sus bienes: la denominada recuperación de oficio. Pero es tan sucinta la descripción de la potestad que se contiene en los arts. 4.1.d) y 82.a) de esta ley básica que resulta ser una atribución normativa insuficiente para conocer en qué consiste esta prerrogativa administrativa. En especial, esas previsiones legales no se refieren al elemento esencial que justifica el ejercicio mismo de la potestad: la usurpación del bien público, y al ser este elemento el que la caracteriza y la diferencia de otras potestades administrativas instrumentales para la protección posesoria del patrimonio local (el desahucio y el deslinde), es aún menos explicable esa deficiente tipificación legislativa.

SAINZ MORENO<sup>376</sup> señalaba la principal diferencia entre la recuperación posesoria y el desahucio al afirmar que el recobro posesorio se ejerce contra un poseedor que no ha tenido derecho alguno de posesión sobre el bien público, a diferencia del desahucio que sí presupone algún previo título habilitante de esa posesión privada ahora ilegítima.

La STS de 12 de febrero de 1986 parece referirse a ambas potestades como si fueran “equivalentes”, justificando la potestad de desahucio en los preceptos

---

<sup>371</sup> Vid. RUIZ LÓPEZ, M.A. Potestad de desahucio administrativa, INAP, Madrid, 2012, Pp. 19 a 23.

<sup>372</sup> *Ibíd.* Pp. 85 a 87.

<sup>373</sup> Vigente hasta el 4 de febrero de 2004.

<sup>374</sup> Vigente hasta el 7 de julio de 1986, con la entrada en vigor del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

<sup>375</sup> GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 11.

<sup>376</sup> SAINZ MORENO, F. “Bienes de las entidades locales”, en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), Tratado de Derecho Municipal, t. II, Madrid, Civitas, p. 1.632.

propios de la recuperación posesoria y, además, afirmando que “esta prerrogativa de la Administración a la que se atribuye un carácter excepcional y privilegiado [...] constituye, ni más ni menos, una manifestación de su potestad para ejercitar la coacción directa...”.

De esta manera, puede entenderse que existe en nuestro Ordenamiento jurídico, un desahucio judicial, en el ámbito de las relaciones entre particulares y un desahucio administrativo, predicable, en principio, de la tutela posesoria de los bienes de dominio público de las Administraciones Públicas.

En el ámbito local, el desahucio administrativo es el procedimiento para la extinción de los derechos constituidos sobre bienes de dominio público o comunales de las Entidades locales, en virtud de autorización, concesión o cualquier otro título y de las ocupaciones a que hubieren dado lugar, que se efectuará por la Corporación, en todo caso, en vía administrativa, mediante el ejercicio de sus facultades coercitivas, previa indemnización, o sin ella, según proceda. La normativa aplicable son los arts. 120 a 135 del Real Decreto 1.372/1986, de 13 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. El art. 135 establece expresamente el procedimiento de desahucio administrativo en materia de arrendamiento de VPO<sup>377</sup>.

Como recuerda MIRÓ MIRÓ<sup>378</sup>, las prerrogativas *ex lege* de las Administraciones Públicas respecto de sus bienes y derechos, autorizan únicamente actuaciones tendentes a la recuperación posesoria, pero jamás a pronunciamientos sobre la titularidad dominical. Las cuestiones que surjan de esta índole deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria.

En opinión de GONZÁLEZ PÉREZ<sup>379</sup> el desahucio administrativo es un procedimiento administrativo ejecutivo, más concretamente, una modalidad especial de uno de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Por consiguiente, el desahucio del Derecho privado tiene su ámbito propio de actuación en la esfera de la relación jurídica arrendaticia, articulada legalmente como especial acción de resolución por incumplimiento del arrendador en los arrendamientos de bienes inmuebles.

En tanto que en el ámbito del Derecho Público, las Administraciones Públicas ostentan la prerrogativa de desahucio administrativo, enclavada dentro de lo que

---

<sup>377</sup> En cuanto a la extinción de los contratos de arrendamiento de viviendas de protección oficial, vid. RUIZ LÓPEZ, M.A. Potestad de desahucio administrativa, INAP, Madrid, 2012, Pp. 372 a 386.

<sup>378</sup> MIRÓ MIRÓ, R., El régimen jurídico del patrimonio de las Entidades locales, Bayer Hnos. SA, Barcelona, 2010, P. 85.

<sup>379</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. Régimen jurídico de la Administración Local, Madrid, Abella-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1985, Pp. 555-556 y 570-571

la doctrina administrativa denominada como autotutela administrativa, con lo cual puede ser ejercitada por propia Administración, sin precisar auxilio judicial, sin perjuicio de los supuestos en que resulte obligada autorización judicial de acceso a inmueble<sup>380</sup>.

Ahora bien, el ejercicio de la potestad de desahucio administrativo para RUIZ LÓPEZ<sup>381</sup> suscita una consideración desde la perspectiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, pues si requiere la entrada en el domicilio de la persona físicas –como el que nos ocupa- o jurídicas es precisa la correspondiente autorización judicial mediante una resolución motivada, en defecto de consentimiento (arts. 18.2 CE, 95 y 96.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>382</sup>). Para el autor, se trata de un ejemplo paradigmático de los límites impuestos a las potestades administrativas.

Podemos ilustrar esta perspectiva de la inviolabilidad del domicilio, con un asunto complejo en el que la entrada en domicilio era uno más de muchos elementos enjuiciados. Se interpone recurso contencioso administrativo impugnando la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial formulada frente al Ayuntamiento de Madrid y contra la Resolución del Consejero Delegado de la EMVS por la que se desestimaba la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los demandantes, fundamentando su impugnación en que la EMVS era totalmente dependiente del Ayuntamiento de Madrid y que la recurrente había obtenido a través de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en recurso de apelación su derecho a seguir disfrutando indefinidamente la vivienda, que legítimamente poseía, y que se vio truncado por la entrada ilegal del Ayuntamiento en ese domicilio para, amparado en un Auto del Juzgado de lo Contencioso que autorizaba la entrada, y que posteriormente fue revocado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para demoler la vivienda. Añadía que la recurrente estaba empadronada en ese domicilio del que fue ilegalmente lanzada,

---

<sup>380</sup>BULLEJOS CALVO, C. El desahucio administrativo de bienes demaniales locales ocupados en precario. Aspectos prácticos y formularios. Revista CEMCI. Número 8. Jul.-Sep. 2010.

<sup>381</sup> RUIZ LÓPEZ, M.A. Potestad de desahucio administrativa, INAP, Madrid, 2012, Pp. 391 a 394.

<sup>382</sup> Art. 18.2 CE: El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Art. 95 LRJPAC: Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales.

Art. 96.3 LRJPAC: Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

aprovechando una declaración de ruina estructural, debiendo soportar que el Ayuntamiento les considerara ocupantes ilegales.

En el caso presente la posible responsabilidad patrimonial traería causa directa con la demolición llevada a cabo por el Ayuntamiento de Madrid respecto de la vivienda ocupada por los actores, hecho que deviene de una Resolución administrativa, por la que se declaraba el estado de ruina inminente de la edificación y se ordenaba el desalojo del edificio a sus ocupantes para proceder a su posterior demolición, en consecuencia, se proponían una serie de medidas de seguridad mientras se llevaba a cabo el desalojo. Dicha resolución no consta fuera recurrida por los interesados y, por tanto, adquirió firmeza.

Partiendo de lo anterior, no se aprecia la concurrencia de los requisitos para que pueda existir responsabilidad patrimonial de la Administración en cuanto al hecho de haberse demolido el edificio ocupado por los actores, toda vez que tal actuación provenía de una resolución de declaración de ruina inminente que había adquirido firmeza; y sin que el hecho de que el Auto por el que se autorizaba la entrada en la vivienda a los funcionarios municipales para proceder a la ejecución de ese acto, fuera posteriormente anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por falta de audiencia previa al considerar que no existía urgencia tan relevante que no permitiera el cumplimiento de esa garantía, ya que esa circunstancia no opera como determinante para el acto de la demolición ni puede dejarla sin efecto, por lo que no se aprecia el nexo causal necesario entre la actuación administrativa y el daño causado a los interesados, lo que debe llevar a la desestimación de la demanda<sup>383</sup>.

Dada la naturaleza de la EMVS, aunque existan contratos arrendaticios y de acceso diferido a la propiedad vigentes, formalizados por la misma en los comienzos de su creación, en los cuales se pacta expresamente en sus estipulaciones el sometimiento al desahucio administrativo, entiendo que esta previsión contractual carece de contenido, habida cuenta que la mercantil municipal no goza de prerrogativas administrativas.

Además, otro debate nos lleva si se pueden considerar los inmuebles de la sociedad municipal como genuinos bienes patrimoniales de la entidad local o no y la problemática aplicación a estos bienes del desahucio administrativo<sup>384</sup>.

En opinión de IBARRA SÁNCHEZ<sup>385</sup>, las viviendas de protección oficial de promoción pública no son bienes patrimoniales en sentido estricto, sino que nos

---

<sup>383</sup> Sentencia nº 245/2014, de fecha 2 de junio de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 19 de Madrid, Procedimiento Ordinario 241/2013.

<sup>384</sup> Al respecto RUIZ LÓPEZ, M.A. Potestad de desahucio administrativa, INAP, Madrid, 2012, Pp. 330 a 340.



encontramos con bienes cuya gestión está plenamente dotada de interés público o giro administrativo, merced a un acto administrativo de afectación -la calificación definitiva- sin que por ello se califiquen como bienes demaniales.

Según el TS, “las viviendas de protección oficial están afectadas a un fin de servicio público, lo que permite acercar su régimen jurídico al propio del dominio público caracterizado por su variedad -escala de demanialidad-<sup>386</sup>. Así mismo, el Alto Tribunal nos recuerda que “con la actividad promotora estatal de viviendas de protección oficial, la Administración está desarrollando un servicio público... sin que la finalidad última de su creación -cesión dominical, arrendamiento, etc. a personas particulares- obstativa a la permanencia indefinida en el patrimonio estatal, las prive de esta especial naturaleza, así como el dato de que la técnica empleada en la promoción pública de viviendas sea la venta pura o no diferida a particulares no desvirtúa en absoluto la afectación de las referidas viviendas a un servicio público de promoción de vivienda o los cometidos del Instituto de Promoción Pública de Viviendas de acuerdo con un régimen jurídico especial, intensamente modulado por el derecho administrativo, siendo además la empleada una de las técnicas legales previstas para hacer realidad la previsión constitucional – Art. 47- de lograr que cada ciudadano disponga de una vivienda adecuada”<sup>387</sup>.

Solo parece justificado este procedimiento ejecutivo, que es en definitiva el desahucio administrativo, en aquellos inmuebles en los que la EMVS ostenta la titularidad fiduciaria, pero ejercitando dicha potestad el propio Ayuntamiento de Madrid, a través del oportuno expediente, contra una contingente usurpación.

## 2. REFERENCIA A LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL DERECHO PRIVADO

Tiempo atrás resultó una práctica creciente que la Administración no se someta al Derecho administrativo sino al Derecho privado en numerosos campos de su actividad.

Siguiendo a GARCÍA RUBIO<sup>388</sup>, el fenómeno denominado por parte de la doctrina como de la “huida del Derecho administrativo”<sup>389</sup> fue auspiciado desde la segunda

---

<sup>385</sup> IBARRA SÁNCHEZ, J. L. Desahucio administrativo en materia de viviendas de protección oficial. Colegio de Abogados de Sevilla, La Toga, Nº. 151, 2004, Pp. 17 a 19.

<sup>386</sup> Cfr. STS de 27 de noviembre de 1985 y de 23 de junio de 1989.

<sup>387</sup> Cfr. STS de 27 de noviembre de 1985 y de 11 de diciembre de 1991.

<sup>388</sup> GARCÍA RUBIO, F. (Coord.) Estudio sobre Empresas Públicas. Dykinson. 2011. Pp. 74-76.

mitad de los años ochenta supuso una creación de entidades que, fundadas y recogidas mediante leyes o habilitaciones legales estatales y progresivamente autonómicas desde la implantación del estado descentralizado por la Constitución Española de 1978, intentaron adoptar diversas formulaciones de derecho privado siendo el máximo exponente de la conocida como huida del derecho administrativo<sup>390</sup> en el intento de introducir técnicas privadas en la denominada Agencia Estatal Tributaria, creada en la Ley de presupuestos generales del Estado para 1992.

En realidad, afirma GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ<sup>391</sup>, lo preocupante de este fenómeno no consiste en su extensión sino en su posible patología, esto es, en la aplicación incorrecta del ordenamiento privado por parte de la Administración, cuando ello no deba ser así.

Para el autor, la Administración puede hacerse regir por el Derecho privado, siempre que se logre compensar este hecho mediante garantías o vinculaciones jurídicas de cualquier naturaleza. El principio de legalidad, del artículo 103 de la Constitución, no excluye la posibilidad de un control civilista de la actividad de la Administración.

Pero, antes de que se sustanciara un posible sistema administrativo privado, resulta necesario evitarlo mediante un esfuerzo de aplicación del Derecho administrativo. Lo deseable es un régimen jurídico-administrativo para la realización por parte de la Administración de las funciones propias de un tráfico o giro administrativo. Este sería el criterio fundamental para la aplicación del Derecho administrativo, pues, cuando la Administración actúa como un simple particular no solo no existe inconveniente en aplicar el Derecho privado, sino que es el modo más correcto para evitar que los entes públicos mantengan una posición jurídicamente privilegiada en el mercado.

La regulación de la Legislación de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado tiene especial importancia en el ámbito de las entidades locales, puesto que la configuración especificada por la Ley 57/2003, de modificación de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, ampulosamente

---

<sup>389</sup> De la huida del Derecho administrativo hablaba ya FLEINER, en su obra *Institutionen des Verwaltungsrechts*, 8ª edición, 1928, p. 326.

<sup>390</sup> Esta concepción tiene una aproximación en Ignacio BORRAJO INIESTA "El intento de huir del derecho Administrativo", REDA, nº 116, 1988, P. 271-286.

<sup>391</sup> GONZÁLEZ-VARAS, S., ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico privado? Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1733, 1995, Pp. 92-117

llamada de modernización del Gobierno local, realizó una expresa remisión al régimen de la LOFAGE, en lo referido a Entidades Públicas Empresariales<sup>392</sup>.

En el caso que nos ocupa, de las sociedades mercantiles locales, el Real Decreto 1463/2007<sup>393</sup> considera suficiente “que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria”. Es decir, que las empresas mixtas (si el capital es público en un 51 por ciento) también forman parte del sector público, incluso si el capital no procede directamente de la administración mater, sino de un organismo público dependiente de la misma<sup>394</sup>.

En la actualidad, la influencia anglosajona y germánica en el derecho comparado lastran la hegemonía del derecho público administrativo en favor del derecho privado o *iusprivatista*.

Además comparto plenamente la opinión de ALMONACID LAMELAS<sup>395</sup>, en el sentido que la antaño creación recurrente de empresas de forma privada a mayor gloria de la “huida del Derecho administrativo” se enfrenta en la actualidad (y desde hace ya bastantes años) a la doctrina del “levantamiento del velo”, que tiene precisamente su base en el Derecho europeo, y en la necesidad de regular el marco jurídico de un concepto en crisis, el de “servicio público”, el cual sin embargo tiene una relevancia objetiva, y no subjetiva, porque lo que importa no es la forma, pública o privada, de la entidad que presta un servicio, sino el servicio en sí. En todo caso, parece claro y podemos concluir que, aunque de forma privada, el régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público es, al menos parcialmente, el Derecho público, expresión más acorde con el Derecho europeo que la clásica de “Derecho administrativo”, rama difusa en la actualidad que con tanta “colaboración público privada” empieza a pasar a mejor vida doctrinal y prácticamente, si es que no lo ha hecho ya. Finalmente se “regresa al derecho”, sobre todo al presupuestario-contable que es el que parece que importa últimamente. Ahora de repente hay mucha prisa y contundencia por deshacer el entuerto (por gran parte de muchos de sus responsables) y todas las mercantiles públicas deben liquidarse. Ni tanto ni tan calvo. En efecto, aquellas entidades que a la entrada en vigor de la Ley de racionalización desarrollen actividades económicas, estén adscritas

---

<sup>392</sup> Así vid. Encarnación MONTOYA MARTÍN, Las entidades públicas empresariales locales, IUSTEL, 2006, p. 4.

<sup>393</sup> Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.

<sup>394</sup> ALMONACID LAMELAS, V. Sociedades mercantiles municipales: “regreso al derecho” en [http://www.elderecho.com/administrativo/sociedades\\_mercantiles\\_municipales-sector\\_publico\\_local-empresas\\_publicas\\_11\\_627430001.html](http://www.elderecho.com/administrativo/sociedades_mercantiles_municipales-sector_publico_local-empresas_publicas_11_627430001.html).

<sup>395</sup> Ibid.

a efectos del Sistema Europeo de Cuentas a cualquier entidad local o de sus organismos autónomos, y se encuentren en desequilibrio financiero, dispondrán del plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley para aprobar, previo informe del órgano interventor de la entidad local, un plan de corrección de dicho desequilibrio. Si esta corrección no se cumpliera a 31 diciembre de 2014, la entidad local en el plazo máximo de los seis meses siguientes a contar desde la aprobación de las cuentas anuales o de la liquidación del presupuesto del ejercicio 2014 de la entidad, según proceda, disolverá cada una de las entidades que continúe en situación de desequilibrio. De no hacerlo, dichas entidades quedarán automáticamente disueltas el 1 de agosto de 2015.

A) SUPUESTO PRÁCTICO: NOVACIÓN EN EL ARRENDADOR DE CARÁCTER PÚBLICO Y VINCULACIÓN CONTRACTUAL DEL CESIONARIO.

Constituye el objeto de este recurso<sup>396</sup> el contrato de arrendamiento de vivienda con protección pública de la promoción de viviendas denominado "Sanchinarro X" suscrito por el recurrente y la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo SA (EMVS), el 6 de mayo de 2005, y ello tras haber adquirido firmeza la declaración de falta de jurisdicción acordada por el Juzgado de Primera Instancia 92 de Madrid<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup> Cfr. St. 13 de noviembre de 2013, Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 13 de Madrid, Procedimiento Ordinario 96/2012.

<sup>397</sup> El Auto 29 de marzo de 2012, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Undécima civil, rec. 2/2012, dice: *visto en grado de apelación los autos de procedimiento ordinario 1.226/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 92 de Madrid, sobre falta de jurisdicción para conocer la cuestión planteada.*

*PRIMERO. Planteamiento de la apelación.*

*En el Auto de primera instancia se declara la falta de competencia de la jurisdicción civil, y la remisión a la jurisdicción contenciosa, para el conocimiento de la demanda, porque en ella se plantea, además de la acción de nulidad y no incorporación de condiciones generales, una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las condiciones ofertadas para la adjudicación de determinadas viviendas de protección pública en relación con el otorgamiento de una opción de compra.*

*Contra dicho Auto los demandantes interpusieron recurso de apelación alegando que aquel infringe el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, y el apartado 1º, letra p) del artículo 4 del Real Decreto Legislativo 3/2001, de Contratos del Sector Público, al no tener en cuenta que la EMVS es una sociedad mercantil sometida al Derecho Privado; y en segundo lugar, considera que no es aplicable el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, porque lo que se somete a enjuiciamiento no es otra cosa que determinar si en los contratos de arrendamiento de los demandantes hay una opción de compra a su exclusiva disposición en su condición de optantes, lo que constituye una cuestión puramente civil y no un supuesto de responsabilidad patrimonial, y, por otro lado, la petición indemnizatoria subsidiaria instada por los demandantes tiene como finalidad la de que éstos sean resarcidos de los daños y perjuicios por el incumplimiento por parte de las codemandadas, en base a lo dispuesto en los artículos 1.124, 1.101 y 1.106 del Código Civil.*

*SEGUNDO. Análisis de la cuestión.*

*En el suplico de la demanda que da inicio a estas actuaciones se ejercita de modo principal una acción*

de nulidad de contrato, más específicamente, de la cláusula tercera de los contratos suscritos por los demandantes con la Empresa Municipal de la Vivienda y del Suelo (EMVS) para el arrendamiento de vivienda con protección pública de la promoción de viviendas denominada "Sanchinarro X". Se trata de contratos similares en su texto y objeto, y cuya cláusula tercera dice:

"TERCERA. Finalizada la vigencia del contrato, el Consejo de Administración de la EMVS podrá, facultativamente, ofrecer en venta al inquilino abajo firmante, la vivienda a que se refiere el presente contrato, una vez concluido el periodo que abarca la protección, se haya amortizado la financiación pública, se hayan cumplidos los plazos legales de sujeción al régimen que corresponda y que en el inquilino y su unidad familiar concurren los requisitos y condiciones precisas para ser beneficiario de viviendas protegidas del tipo de la ofertada".

Y vinculada a la anterior petición de nulidad se ejercita la pretensión de que se incorpore al contrato, en sustitución de esa cláusula, otra con la incorporación al contrato de la "opción de compra de las viviendas objeto de dichos contratos" a favor de los demandantes, que aparece como el verdadero interés de éstos.

Luego, se concatenan una serie de peticiones subsidiarias que culminan en una petición de indemnización económica, para el caso de que sean desestimadas las anteriores pretensiones y ello por la pérdida patrimonial que supone no poder ejercitar dicho derecho de opción.

A la vista del contenido de las pretensiones (que aquí solo podemos enjuiciar de una forma superficial y a los solos efectos de la competencia), es evidente que la última pretensión constituye una demanda de responsabilidad patrimonial contra la Administración Municipal, en la figura de la Empresa Municipal de la Vivienda y del Suelo y que la primera pretensión, la de nulidad de la cláusula contractual tercera, tiene que ver con el proceso de formación del contrato de arrendamiento, ya que éste deviene del proceso administrativo previo a través del cual los demandantes se convirtieron en adjudicatarios de la viviendas en calidad de arrendatarios.

En el Documento número 4 de los acompañados con la demanda se integra copia del Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (B.O.C.M.) del martes 29 de octubre de 2002 en el que aparece la "Normativa de Adjudicación de Vivienda con Protección Pública afectas al Plan Primera Vivienda a aplicar por la Empresa Municipal de la Vivienda". Normativa aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid en sesión ordinaria celebrada el 26 de septiembre de 2002. En dicha Normativa se contempla tanto la adjudicación en régimen de venta (Título Segundo) como la adjudicación en régimen de arrendamiento (Título Tercero), siendo en este último Título donde aparece el artículo 23 que regula el ofrecimiento en venta, una vez concluido el periodo que abarca la protección.

Se constata, por tanto, que se trata de un contrato de arrendamiento regulado por una normativa administrativa, que supone la sumisión a un proceso previo en el que los futuros adjudicatarios de la viviendas de protección (sea en régimen de venta sea en régimen de alquiler) tienen que acreditar que concurren en ellos determinados requisitos. Y una vez superado ese proceso de adjudicación, el contrato se ha de atener en su contenido a las bases o criterios establecidos en esa normativa. Lo que se pretende discutir en la demanda no es el desarrollo del contrato de arrendamiento suscrito, sino la "formación" misma del contrato, ya que lo que los demandantes pretenden es que se sustituya la cláusula tercera (que no contempla la opción de compra obligatoria) por otra cláusula que recoja el derecho de opción de compra a disposición exclusiva de ellos. Una formación contractual en la que la empresa municipal no actúa en un ámbito de libertad contractual civil sino que lo hace sometida a la normativa aprobada por la Corporación Municipal.

Es evidente que se trata de una normativa administrativa, cuyo control de cumplimiento no corresponde al orden jurisdiccional civil. Y, dependerá del resultado de ese control, el que se pueda atribuir o no a la Administración Municipal una responsabilidad patrimonial traducida a una indemnización económica por la posible frustración de una expectativa contractual reglamentariamente prevista, si así lo fuera.

Esas competencias son propias de la jurisdicción contencioso-administrativa como establece el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: 4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el art. 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción.

La parte actora, en su escrito de demanda, solicita la declaración de nulidad de la cláusula tercera del citado contrato, el cual habrá de integrarse con la incorporación de una cláusula de opción de compra a disposición exclusiva del recurrente, parte arrendataria, no como una mera facultad del arrendador, según se contempla en la citada cláusula tercera, pretensión que basa el carácter vinculante de anuncios y declaraciones realizados por responsables políticos, incluso en la página web del Ayuntamiento de Madrid, en los que se hacía referencia a la inclusión de una opción de compra en la promoción de viviendas que se iban a ofrecer en régimen de alquiler, alega, a su vez, el carácter oscuro y abusivo de la citada cláusula tercera, la cual induce a error al arrendatario, con la consiguiente vulneración de la normativa de protección consumidores y en materia de condiciones generales de contratación, así como de lo dispuesto en el artículo 1.258 del CC, vulneración o infracción que se predica, a su vez, respecto de los principios de buena fe, prohibición de enriquecimiento injusto, y del principio que prohíbe actuar contra los propios actos.

La EMVS, por su parte, se opone al recurso alegando, en síntesis, que el contrato de arrendamiento no contiene la opción de compra, precisa que las declaraciones de los políticos no son vinculantes, que los arrendatarios no resultaron perjudicados con la venta en subasta de la promoción, los cuales carecen del derecho de adquisición preferente en caso de venta en globo de las viviendas que forman la promoción pública.

La adjudicataria de las viviendas demandada opuso en síntesis, por su parte, la falta de jurisdicción para conocer de este recurso y la falta de acto administrativo impugnado, y, en cuanto al fondo, que ni en el contrato arrendamiento ni en el

---

*También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica La disposición final 1ª LO 4/2011, de 11 marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, corrige el art. 2 LO 1/2010, de 19 febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, sustituyendo el inciso «apartado 4 del art. 9 de esta Ley», por «párrafo primero del apartado 4 del art. 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», con lo que este apartado vuelve a tener tres párrafos, con efectos desde 12 de marzo de 2010. Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.*

*Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*

*Por todo ello, solo cabe concluir que el Auto del Juzgado de Primera Instancia respetó perfectamente la normativa administrativa y la normativa orgánica al declarar la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda planteada.*

*Lo que determina que el recurso deba ser desestimado y el Auto confirmado.*

acuerdo de adjudicación en subasta de las viviendas arrendadas se estableció opción de compra a favor del arrendatario, sin que, por otro lado, exista elemento alguno en el contrato que permita apreciar la figura de la opción de compra, que los anuncios de responsables políticos y en la página web del Ayuntamiento no permiten concluir que hubo oferta vinculante que contenga opción de compra, y, por último, que la cláusula cuya nulidad se pretende no es oscura.

Planteado el recurso en los precedentes términos, hemos de remitirnos a lo acordado en el Auto, de fecha 23 de febrero de 2013, que resolvió desestimar las alegaciones previas sobre inadmisibilidad del recurso, cuyos fundamentos se dan por producidos en esta sentencia.

En cuanto al fondo del recurso, hemos de referirnos en primer lugar a lo alegado por la parte recurrente sobre el carácter vinculante de los anuncios y declaraciones de responsables políticos sobre la pretendida inclusión de una opción de compra en el contrato arrendamiento de viviendas de protección pública que nos ocupa, debiendo señalar a este respecto que el anuncio en la página web del Ayuntamiento contiene un aviso legal, conforme a la ley 34/92, en el que se hace constar que la información tiene carácter meramente orientativo, no vinculante y que puede contener errores, y, por otro lado, conviene precisar que las declaraciones de representantes políticos, con independencia de que resultan genéricas y no se contraen, precisamente, a la promoción y al contrato objeto de este recurso, no pueden tener carácter vinculante al carecer del preciso rigor, a lo que ha de agregarse que sólo pueden resultar vinculantes para la Empresa Municipal de la Vivienda los actos o acuerdos, válidamente emitidos, que deriven del órgano estatutariamente competente a tal efecto, lo que nos lleva rechazar lo alegado sobre la vulneración del principio que prohíbe actuar contra los propios actos y el carácter vinculante de tales anuncios, que, por lo expuesto, carecen de virtualidad para integrar el contrato, y, por ende, vincular a las partes en los términos previstos en el Art. 61 del R. D. Leg. 1/2007 de Defensa de los Consumidores, pues, en definitiva no puede considerarse publicidad a los efectos previstos en el Art. 8 de la Ley 26/84 de Defensa de los Consumidores, entonces vigente, y Art. 2 de la Ley 34 /88 General de Publicidad.

En cuanto al carácter oscuro y abusivo de la cláusula tercera del contrato de arrendamiento, cuya nulidad se pretende, conviene partir del contenido literal de la misma, cuyo tenor es el siguiente: “Finalizada la vigencia del contrato, el Consejo de Administración de la EMVS podrá, facultativamente ofrecer en venta al inquilino abajo firmante, la vivienda a que se refiere el presente contrato una vez concluido el período que abarca la protección, se haya amortizado la financiación pública, se hayan cumplido los plazos legales de sujeción al régimen que corresponda y que en el inquilino y su unidad familiar concurren los requisitos y condiciones precisas para el beneficiario de viviendas protegidas del tipo de la oferta.

En caso de que la oferta que se refiere el párrafo precedente se produzca y sea aceptada por el inquilino, el precio máximo de venta no podrá superar el del módulo aplicable en la actualidad en que se produzca la oferta, de acuerdo con la

calificación de la vivienda”.

Resulta indudable, a la vista del claro tenor literal de la cláusula, que la misma no contiene un pacto de opción de compra a favor del arrendatario, sino una mera facultad de venta a favor de la parte de arrendadora, lo cual es admitido por la recurrente, de ahí que no se pretenda por dicha parte el ejercicio de la opción de compra a través de este recurso, sino, contrariamente, la declaración de nulidad de la misma, razón por la que no se comprende el esfuerzo argumental de los demandados tendente a demostrar que el contrato no contiene opción de compra. Una vez realizada la anterior precisión, conviene destacar que la cláusula que nos ocupa no puede calificarse, en absoluto, de oscura ni que pueda inducir a error a los arrendatarios, pues de su propio tenor literal se desprende la claridad de la misma en los términos precedentemente expuestos, de ahí que no resulte de aplicación lo previsto en el art. 1.288 del CC según el cual la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad, ni, por igual razón, lo dispuesto en los arts. 1.258, 1.4 del CC y 57 del Código de Comercio sobre las exigencias derivadas del principio de buena fe, pues dados los clarísimos términos del contrato y los antecedentes del mismo no puede concluirse que resultase vulnerada la confianza legítima de los arrendatarios sobre la inclusión de una opción de compra en el arrendamiento de la vivienda.

Lo precedentemente expuestos nos lleva a rechazar, a su vez, la aplicación en el caso que nos ocupa de lo dispuesto en la Ley 7/98 Reguladora de las Condiciones Generales de Contratación sobre la no inclusión a los contratos de las condiciones generales que el adherente no haya tenido ocasión de conocer de forma completa, las ambiguas u oscuras.

Tampoco cabe acoger lo alegado sobre la vulneración del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, pues el recurrente se limita a realizar tal alegación sin argumentación alguna, y, por otro lado, no se ha evidenciado la producción de tal situación, es decir, la existencia de un enriquecimiento de una parte, con el correlativo empobrecimiento de la otra, sin causa que lo justifique.

Para concluir y despejar dudas sobre la procedencia de incluir la opción de compra en el caso que nos ocupa, destacar que, como pusieron de manifiesto los demandados, sin ser contradicho por la recurrente, en la cédula de calificación definitiva de la vivienda se hace constar expresamente, en el apartado relativo al régimen de uso, que este es el arrendamiento, según se hace constar en la contestación de la EMVS, y ello a diferencia de otras promociones que se ofrecen en arrendamiento con opción de compra.

Las precedentes consideraciones nos llevan, en definitiva, a la desestimación del recurso.





## CAPÍTULO QUINTO: EL ARRENDADOR PRIVADO

### I. LA NUEVA REALIDAD EN EL MERCADO INMOBILIARIO: EMPRESAS INMOBILIARIAS Y PARTICULARES

Actualmente la caída de los precios inmobiliarios del mercado español ha atraído a grandes inversores, saliendo los fondos internacionales de compras en España, además de las sociedades de inversión que demandan ahorradores para aglutinarlos en el negocio inmobiliario.

Estas grandes operaciones lejos de ser el motor económico de antaño, desde el sector aseguran que el volumen de transacciones se ha multiplicado los últimos años resucitando un negocio en coma.

La banca se ha convertido en el mayor comercializador de inmuebles desbancando a las inmobiliarias al absorber el exceso del mercado que se financió durante los años del esplendor inmobiliario.

Análogamente a la forma que un particular acude a un préstamo hipotecario para adquirir un inmueble, los nuevos grandes inversores acuden a los Fondos de Activos Bancarios de SAREB, la compra de carteras hipotecarias con inmuebles como garantía o a las Sociedades de inversión inmobiliaria.

Como segundo vendedor en este actual panorama inmobiliario están las entidades públicas como IVIMA o la EMVS, responsables los últimos años del treinta y tres por ciento de la cuota de mercado.

### II. SUJECIÓN A NORMAS DE VIVIENDA PROTEGIDA<sup>398</sup>

La obtención de ayudas económicas para la promoción y adquisición de Viviendas Protegidas comporta una serie de obligaciones legales, entre las que destacan las limitaciones del derecho de propiedad, como la prohibición de venta por un precio superior al fijado administrativamente, que se asocian ineludiblemente a la obtención de calificación definitiva o mecanismo equivalente, y que pueden sintetizarse en las siguientes:

a) Limitación del precio máximo de venta y renta de las viviendas durante el periodo de duración del régimen legal de Viviendas Protegidas.

---

<sup>398</sup> Vid., en este apartado, IGLESIAS GONZÁLEZ, F., Régimen Jurídico de la Vivienda Protegida y Políticas de Suelo. *AFDUAM* 12, 2008, Pp. 224- 227.

Salvo que la vivienda se descalifique, mientras la vivienda se sujete a un régimen de protección pública deberá cumplirse con esta limitación que obliga a respetar un precio de venta y renta fijados administrativamente, incluso, en nuestra opinión, si la titularidad de la vivienda procede de un procedimiento de ejecución hipotecaria, dado que este procedimiento no es causa de extinción del régimen de protección. La jurisprudencia entiende, en una línea ya consolidada, que el incumplimiento de esta obligación no provoca efectos sobre la validez civil del contrato de enajenación o arrendamiento, ni de forma total o parcial, sino que tiene consecuencias puramente administrativas, normalmente la imposición de una sanción<sup>399</sup>.

El precio máximo de venta y renta de una Vivienda Protegida viene determinado por lo que se denomina, en la normativa estatal, como precio básico a nivel nacional (comúnmente conocido por su denominación legal anterior, como módulo ponderado). Para segundas o posteriores transmisiones de las Viviendas Protegidas, el precio máximo de venta, por metro cuadrado de superficie útil, no podrá superar el establecido para las viviendas calificadas o declaradas con idéntica modalidad de protección por la Comunidad Autónoma en la misma fecha en la que se produzca la transmisión y en la misma localidad o circunscripción territorial.

### b) Prohibición de disposición de la vivienda durante un periodo determinado.

Este periodo suele ser inferior al plazo de duración del régimen legal de las Viviendas Protegidas y suele establecerse en un plazo de 10 años desde la formalización de la adquisición<sup>400</sup>, aunque puede ser modificado por la normativa reguladora de cada modalidad de Vivienda Protegida<sup>401</sup> o, incluso, ser eliminada. La normativa estatal prevé supuestos en los que es posible, previa autorización autonómica, evitar la aplicación de esta prohibición. Así, el artículo 5. 1. b) del Real Decreto 2.066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

Una vez transcurridos los diez años desde la formalización del préstamo, el propietario de la Vivienda Protegida podrá enajenar la vivienda pero al precio máximo que hemos analizado, al menos durante el tiempo en el que se mantenga el régimen de protección.

### c) Cumplimiento de un régimen de tanteo y retracto.

---

<sup>399</sup> Cfr., por todas, STS 19 de noviembre de 2002.

<sup>400</sup> Vid. El apartado 2 del artículo 25 del Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

<sup>401</sup> V.g.: viviendas con protección pública de Castilla-La Mancha en las que la prohibición se limita a los cinco primeros años desde la obtención de calificación definitiva, conforme al art. 25.1 del Decreto 3/2004, de 20 de enero.

El origen de este derecho de tanteo y retracto es variado: a) normativa reguladora del régimen legal de cada modalidad, de forma que algunas Viviendas Protegidas están sujetas a un derecho de tanteo y retracto por la Administración autonómica; b) normativa reguladora de la enajenación de suelo a promotores privados para la construcción de viviendas protegidas en el que suele ser beneficiario de estos derechos el Ayuntamiento; c) normativa reguladora de la adjudicación de las viviendas promovidas por una Administración pública, siendo titular de los derechos de tanteo y retracto la Administración pública correspondiente; d) establecimiento de ámbitos derechos de tanteo y retracto por la aplicación de la normativa urbanística.

d) Destino a residencia habitual del propietario o, en su caso, del inquilino durante el tiempo en el que dure el régimen legal de protección.

La clave de este esquema jurídico reside en la duración del régimen legal de las Viviendas Protegidas. Y si la normativa, estatal y autonómica, que regula cada una de las modalidades de Viviendas Protegidas mantiene una cierta homogeneidad de régimen jurídico en lo que se refiere a las obligaciones que se derivan del régimen legal de cada modalidad, ésta se rompe de forma evidente en la definición del tiempo durante el que las viviendas se encuentran sujetas a las limitaciones que hemos señalado. A estos efectos, para determinar cuánto dura el régimen legal de una Vivienda Protegida resulta imprescindible analizar de forma concreta la normativa reguladora de cada modalidad.

Cabe tener en cuenta que, en la actualidad, coexisten dos tendencias claramente en la fijación del plazo de duración del régimen legal de las Viviendas Protegidas. Por una parte, diversas normas autonómicas han reducido el plazo que la normativa estatal prevé para las VPO (treinta años), mientras que otras Comunidades Autónomas han aumentado este plazo hasta hacerlo coincidir con la propia vida útil de las viviendas. De esta forma, se pueden perfilar tres tipos de normas reguladoras en cuando a la fijación de plazos de duración del régimen legal de las Viviendas Protegidas.

– Viviendas con régimen de protección de treinta años. La duración del régimen legal de protección y la vigencia de buena parte de las limitaciones legales que hemos señalado alcanza una duración de treinta años para, entre otras, las Viviendas de Protección Oficial con calificación definitiva posterior a 1978. Todas las VPO que hayan obtenido la calificación definitiva bajo el amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial o normativa posterior han de sujetarse al citado plazo de treinta años, contado desde la obtención de la calificación definitiva, hayan sido promovidas por promotores públicos o privados. Así se establece en el artículo 1 del RDL 31/1978 que afirma que “el régimen legal relativo al uso, conservación y aprovechamiento de estas viviendas (de protección oficial) durará treinta años, a partir de su calificación”.

– Viviendas con plazos de protección inferior a treinta años. Una primera categoría que debe insertarse en este apartado está constituida por aquellas viviendas ya existentes que son adquiridas con ayudas públicas, estatales o autonómicas, como

por ejemplo dentro de las tipologías de vivienda protegida para venta o uso propio que se regulan en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 11/2005, de 27 de enero, las Viviendas con Protección Pública de Precio Limitado (VPPL), cuya duración del régimen legal de protección pública es de 20 años.

Son las Comunidades Autónomas las que más se han separado de la tradicional duración del régimen legal de protección, estableciendo plazos inferiores a los treinta años. Buenos ejemplos de esta dinámica lo constituyen las siguientes modalidades de Viviendas Protegidas autonómicas: i) «Viviendas con protección pública» en la Comunidad de Madrid, creadas a través de Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid. Para estas viviendas se prevé una duración del régimen legal máximo de veinticinco años a partir de la calificación definitiva (disminuyendo en cinco años el periodo previsto por la normativa estatal), llegando a establecer un plazo de diez años para las viviendas con protección pública para arrendamiento con opción de compra<sup>402</sup>.

Y ii) "Vivienda de protección pública de régimen autonómico (VPP- RAC)" de la Comunidad Autónoma de Cantabria, creada por el Decreto 31/2004, de 1 de abril, por el que se establece el Régimen de Viviendas de Protección Pública en régimen autonómico de la Comunidad Autónoma de Cantabria y su Régimen de Subvenciones, cuyo régimen jurídico dura quince años desde la calificación definitiva (art. 44).

- Viviendas con régimen de protección indefinido o equivalente. Algunas Comunidades Autónomas han optado por vincular la duración del régimen legal de las viviendas construidas o adquiridas con algún tipo de protección pública a todo el tiempo durante el que dura la vida útil de la vivienda. Por ejemplo, en el País Vasco, el Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, establece que las viviendas y locales que sean objeto de calificación definitiva con arreglo a lo previsto en este Decreto, mantendrán permanentemente la misma y, por tanto, su naturaleza de protección oficial (art. 11.1).

---

<sup>402</sup> Vid. art. 26.2 del Real Decreto 2.066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

### III. NOVACIÓN EN EL ARRENDADOR CUASI-PÚBLICO

#### 1. ANALOGÍA CON LA CESIÓN DE CRÉDITOS<sup>403</sup>

El cambio en la persona del acreedor, se realiza por virtud de la figura llamada cesión de créditos. En general los créditos pueden cederse mediante simple negocio jurídico celebrado entre el primitivo acreedor (cedente) y el tercero que viene a ocupar su lugar (cesionario), si bien en nuestro Código el concepto y la regulación de la cesión adolece de falta de sistema.

Pues bien, trasladado al tema que nos ocupa, sin duda, cabe hacer una analogía entre el cambio en la persona del acreedor y en el arrendador, *grosso modo*, salvando las relaciones sinalagmáticas que acontecen en la locación.

Desde esta perspectiva, nuestro Código formula un principio general muy amplio, contenido en el artículo 1.112, el cual proclama la transmisibilidad de todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación, con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado en contrario. Pero al configurar la cesión de créditos o de derechos en general incurre el Código en el grave error de confundir el negocio jurídico de cesión con una de sus posibles formas de realizarse, pues la incluye en la parte dedicada a tratar del contrato de compraventa, como una modalidad del mismo caracterizada por ser lo que se vende o transmite por precio un derecho, en lugar de una cosa. Y dedica a esta materia los artículos 1.526 y 1.536 bajo el epígrafe “De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales”, inmediatamente después de tratar del contrato de compraventa. Es decir, que sólo contempla la cesión de un derecho por precio, identificando la cesión de créditos con la venta de créditos, como lo revela luego el artículo 1.528 cuando habla de la “venta o cesión de un crédito”.

Pero es evidente que no cabe identificar cesión con venta. La cesión de un crédito es un negocio jurídico independiente, que tiene por objeto la transmisión del crédito de una persona a otra, cuya causa puede ser una compraventa pero puede también ser otra distinta, pudiendo cederse el crédito a título gratuito en forma de donación, o a título de permuta o en función de pago. La compraventa no es más que una de las formas que puede asumir la cesión.

Al estudiar este negocio jurídico de cesión hay que distinguir dos aspectos del mismo. Uno que contempla las relaciones entre cedente y cesionario, y otro que se refiere a los efectos de la cesión frente al deudor.

Entre cedente y cesionario, el negocio de cesión es eficaz y produce sus plenos efectos por la simple voluntad de éstos, sin necesidad del consentimiento ni de la

---

<sup>403</sup> Vid., en este apartado, SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); OSSORIO MORALES, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 121 a 126.

intervención del deudor. Según la clase de derecho que sea objeto de la cesión, el ordenamiento jurídico impone a veces determinados requisitos de forma. Así, por ej., el artículo 1.280 exige que conste en documento público la cesión de derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública; el artículo 149 de la Ley hipotecaria (ya mencionada) ordena también que la cesión del crédito hipotecario se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro.

Pero en todo caso el negocio jurídico de cesión sólo exige la intervención del cedente y el cesionario para que entre ellos produzca efecto, y se origine la transmisión del crédito, sin intervención alguna del deudor. Lo cual se explica porque, como dijimos anteriormente, al deudor le es en principio indiferente que cambie la persona del acreedor, y el crédito, por tanto, puede transmitirse sin su consentimiento ni intervención. Otra cosa es que mientras el deudor no sepa que ha tenido lugar la cesión, ésta no le afecta y no puede, por tanto, quedar vinculado al nuevo acreedor (cesionario). Y con objeto de que el deudor conozca que en virtud de la cesión la persona de su acreedor ha cambiado, sí puede ser necesaria la notificación. La notificación al deudor no es pues necesaria para la eficacia y validez de la cesión entre cedente y cesionario, sino que únicamente produce el efecto de dar estado al cambio de acreedor frente al deudor. Así se deduce *contrario sensu* del artículo 1.527<sup>404</sup>. Es decir, que una vez que el deudor tenga conocimiento de que la cesión del crédito se ha efectuado, si paga a su antiguo acreedor lo hace ya a sabiendas de que éste no tiene derecho a recibir el pago, y tal pago, por consiguiente, no producirá efecto liberatorio. Pero conviene subrayar que para que tal efecto se produzca no hace falta el consentimiento del deudor, sino simplemente que la cesión llegue a su conocimiento, de suerte que la notificación que se le haga tendrá el carácter de una declaración de voluntad no recepticia.

Es más, de los términos en que está concebido el artículo 1.527 se deduce que ni siquiera para que el deudor quede vinculado con el nuevo acreedor es siempre necesario que la cesión se le haya notificado, pues lo que ese precepto declara es que no será liberatorio el pago hecho por el deudor al primitivo acreedor después de tener conocimiento de la cesión. De donde se deduce que si el deudor tiene conocimiento de la cesión por cualquier medio, haya habido o no notificación, se producirá el efecto previsto de no poder ya pagar eficazmente al cedente, siempre naturalmente que dicho conocimiento pueda probarse. Ahora bien, aunque en principio al deudor le es jurídicamente indiferente quién sea la persona del acreedor, y por eso no se exige su consentimiento para que el acreedor primitivo ceda su crédito, hay sin embargo casos en que el hecho de que el deudor haya o no prestado su consentimiento a la cesión determina importantes consecuencias.

Puede suceder que el deudor tenga defensas personales que oponer a la reclamación de su acreedor, las cuales, dado su carácter personal, no podría hacer

---

<sup>404</sup> cuando dice que “el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión, satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación”.

valer frente al cesionario o nuevo acreedor, de forma que la cesión le origina en tal supuesto un perjuicio al privarle de tales defensas. Por ello, en ciertos casos, el Código determina que si no se ha recabado y obtenido el consentimiento del deudor, conservará éste las posibles excepciones de carácter personal que tuviese contra el primitivo acreedor. Tal sucede, por ejemplo, con el contenido del art. 1.198, en el que se indica que conservará éste la excepción de compensación aunque cambie la persona del acreedor, si él no ha consentido tal cambio de acreedor.

Dijimos antes que son susceptibles de cesión o transmisión todos los derechos de crédito, o como con poca precisión declara el artículo 1.112, todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación. Pero ese principio tiene algunas excepciones. La primera resulta declarada por ese mismo precepto, ya que después de enunciar la transmisibilidad de todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación añade: "si no se hubiese pactado en contrario". De forma tal que si al contraer la obligación se ha convenido en que el crédito no podrá transmitirse, como se trata de un pacto lícito y expresamente permitido por la ley, el acreedor no podrá en virtud de él ceder a otro su crédito. Otra excepción es la de que se trate de derechos intransmisibles por su propia naturaleza, es decir de créditos inseparables de la persona del acreedor, como por ej., el crédito por alimentos, intransmisible a tenor del artículo 151. Otras veces los créditos no son absolutamente intransmisibles, pero la ley prohíbe que se transmitan a determinadas personas. Así sucede con los créditos litigiosos, sometidos a litigio ante un Tribunal, los cuales no pueden ser adquiridos por los Magistrados, Jueces, etc. que ejercieren sus funciones en el territorio jurisdiccional de dicho Tribunal, ni tampoco por los Abogados o Procuradores que profesionalmente intervengan en el litigio (art. 1.459, número 5º).

En cuanto a los efectos de la cesión, como ésta supone la transmisión del crédito tal como estaba en la titularidad del cedente, conservando el crédito su identidad, tal cesión determina también la transmisión de todos los derechos accesorios de que estuviera revestido. De modo que si el crédito estaba garantizado por ej., con prenda, hipoteca o fianza, estos derechos de garantía se entienden transmitidos también al cesionario juntamente con el crédito principal. Así lo declara el artículo 1.528.

Un problema que plantea la cesión de derechos, cuando se realiza a título oneroso, es decir, a cambio de una contraprestación del cesionario, es el determinar cuál sea la responsabilidad del cedente por la falta de cumplimiento del deudor. A tales efectos hay que diferenciar dos aspectos distintos del problema: el de la responsabilidad en cuanto a la legitimidad y a la existencia del crédito, y la responsabilidad en cuanto a la solvencia del deudor. La regla general es la de que el cedente de buena fe responde de la legitimidad y de la existencia del crédito, o sea de que en efecto es acreedor, y si no lo fuera sería responsable frente al cesionario; pero no responde en cambio de la solvencia del deudor. Por eso, si después de cedido el crédito el deudor no paga y resulta insolvente, el acreedor primitivo no responde frente al cesionario de esa falta de cumplimiento ni de esa insolvencia.



Esto siempre tratándose de cedente de buena fe. En cambio, no sucede lo mismo si el cedente procede de mala fe, con propósito o conciencia de engañar al cesionario, a sabiendas de que el deudor es insolvente. En tal caso el artículo 1.529 preceptúa que “el vendedor (de un crédito, o sea el cedente) de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios”. El apartado 1º del mismo artículo establece en cambio que “el vendedor (cedente) de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta (cesión)... pero no de la solvencia del deudor...”.

Éstas son las reglas generales, pero en casos especiales la responsabilidad del cedente de buena fe resulta a veces atenuada por la ley y otras veces agravada. Resulta atenuada la responsabilidad del cedente cuando el crédito se cede como dudoso, es decir, sin dar seguridad de que podrá hacerse efectivo. En este supuesto, la cesión tiene en cierto modo el carácter de contrato aleatorio, en que el adquirente asume deliberadamente un riesgo de que el crédito no pueda cobrarse, y entonces el cedente no responde siquiera de la legitimidad ni de la existencia del mismo, puesto que en tal hipótesis ese riesgo lo ha asumido sabiéndolo el cesionario y ha de haberse tenido en cuenta al fijar el precio de la cesión. Hay otros casos, en cambio, en que la responsabilidad del cedente resulta agravada, puesto que alcanza incluso a la insolvencia del deudor, aun tratándose de cedente de buena fe. Esto tiene lugar en primer término cuando expresamente se haya pactado así. Pero como esa responsabilidad por la insolvencia del deudor, aún pactada, podría ser sumamente peligrosa para el cedente si tuviera duración indefinida, el Código la limita al tiempo pactado, y si nada se hubiere pactado sobre su duración sólo durará esa responsabilidad un año a contar desde la cesión si el plazo estaba ya entonces vencido, o a contar desde su vencimiento si el término no estuviese vencido al realizarse la cesión. Así lo determina el artículo 1.530. Otro caso en que el cedente, aun siendo de buena fe, responde de la solvencia del deudor, no ya por pacto sino por determinación legal, es el de que al tiempo de cederse el crédito fuere ya insolvente el deudor y su insolvencia fuera pública (art. 1.529, párrafo 1.º, *in fine*).

Existe también otra forma de sustituirse la persona del acreedor por otra, sin que se celebre entre ellos un acto de cesión, que es lo que se denomina pago con subrogación. Consiste esta figura en que cuando un tercero, ajeno a la obligación, paga al acreedor, por regla general —y salvo excepciones— se subroga en el lugar del acreedor primitivo; es decir, se convierte en acreedor frente al deudor. De esta suerte, por el hecho del pago se produce un cambio en la persona del acreedor, sin que exista un negocio especial de cesión. Esta subrogación por pago en favor del *solvens* puede tener lugar de dos maneras, bien convencionalmente o por determinación legal, en ciertos casos en los que, aun no habiéndose pactado, la ley presume la existencia de la subrogación. Para que la subrogación se entienda operada y produzca efecto por pacto, exige el artículo 1.209 que se establezca con claridad. Y en cuanto a la legal, dispone el artículo 1.210 que se presume que hay subrogación, sin necesidad de pacto, en los siguientes casos: 1º cuando un acreedor pague a un acreedor preferente; 2º cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor. De donde resulta

que si el tercero, no interesado en la obligación, paga sin la aprobación, sin el conocimiento, o contra la expresa voluntad del deudor, la obligación se extingue, porque el derecho del acreedor queda satisfecho, pero el pagador no se subroga en el lugar del acreedor primitivo; y 3º cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que le corresponda, como por ej., si quien realiza el pago es un acreedor mancomunado. En todos estos casos en que la ley presume la subrogación, es necesario, para que no se produzca, que expresamente se haya pactado así.

## 2. TITULARIDAD FIDUCIARIA DEL ANTIGUO PATRONATO MUNICIPAL DE LA VIVIENDA

La nota esencial en el negocio fiduciario es que el fiduciante confía en el adquirente o fiduciario, éste obrará siempre de acuerdo con la finalidad que se ha convenido alcanzar y nunca seguirá una conducta contraria abusando de la confianza depositada en él.

Según PARRAGUEZ RUIZ<sup>405</sup> y en esencia, se plantea que fiduciante y fiduciario tienen, cada uno, una especie o modalidad diferenciadas de dominio sobre la cosa transferida, cuyas denominación y contenidos exactos varían de un autor a otro, pero que finalmente coinciden en el punto nodal de que ni el fiduciante se desprende absolutamente de su derecho de propiedad, ni el fiduciario está privado del todo de prerrogativas dominicales. Se habla entonces de dominio impropio, titularidad fiduciaria, titularidad formal, *ius retinendi* del fiduciario, posesión equívoca, etc.

La duda capital que plantea el negocio fiduciario tradicionalmente es la naturaleza y alcance de la posición que el negocio proporciona al fiduciario: propiedad fiduciaria o titularidad fiduciaria. En la doctrina, básicamente, hay dos tesis antagónicas: según la primera el fiduciario es un propietario y nada más, la propiedad transmitida es una plena y verdadera propiedad. El fiduciante no es más que un acreedor de restitución. Para otros, sin embargo, la propiedad del fiduciario es una propiedad minada por el pacto obligatorio o con limitaciones para considerarla como una propiedad especial, no sería una propiedad eficaz inter partes, sino solo frente a terceros o terceros de buena fe. También se ha sostenido que en virtud del negocio fiduciario se produce una diversificación: hay una propiedad formal y una propiedad real.

En opinión de PARRAGUEZ RUIZ<sup>406</sup> la concurrencia de negocios que construyen la *mixtura* del negocio fiduciario, que BETTI<sup>407</sup> prefiere denominar “momentos” (real o

---

<sup>405</sup> PARRAGUEZ RUIZ, L. S., El negocio jurídico simulado, Ed. Gredos, 2012, P. 244.

<sup>406</sup> Ibid. Pp. 239 a

externo y obligatorio o interno), plantea, según dicho autor, la necesidad de un adecuado reparto, entre fiduciante y fiduciario, de la legitimación sobre la cosa confiada o derecho concedido, para lo cual, desde un punto de vista abstracto, hay varias soluciones posibles, en lo que se refiere al poder del fiduciario: derecho pleno del fiduciario, legitimación conjunta de fiduciante y fiduciario, subordinación del poder de este último a una condición resolutoria, o bien, disponibilidad propia del derecho ajeno consiguiente a una simple concesión de poderes.

### 1. Tesis de la titularidad del fiduciario.

En el debate abierto entre las doctrinas anotadas palpita un tema de fondo que dice relación con la naturaleza del derecho del fiduciario respecto de la cosa recibida. En su versión más radical la tesis del doble efecto supone que el fiduciante se desprende efectivamente de su propiedad (de la cosa material o del derecho que transfiere) a trueque de un derecho personal que sólo le autoriza para exigir al fiduciario, nuevo titular del dominio, además de la aplicación a un fin determinado, la restitución cuando se haya logrado esa finalidad, con el consiguiente riesgo de que aquello no se cumpla. Es la tesis de Ferrara, para quien el fiduciario “se convierte en titular del derecho frente al mismo enajenante, sin que el fin económico de la transmisión se desenvuelva fuera de la relación obligatoria”, de tal manera “que cuando ese fin se realiza, la propiedad o el crédito no vuelven *ipso iure* al transmitente o cedente, sino que éste puede tan sólo exigir la retrocesión”<sup>408</sup>.

### 2. Tesis que niega la transferencia efectiva del dominio al fiduciario.

La radicalidad de la tesis anterior ha dado lugar, como suele ocurrir con las actitudes extremas, a una reacción de radical oposición, que desconoce una efectiva transferencia del dominio al fiduciario y que puede apreciarse en algunas sentencias del Tribunal Supremo. En efecto, la sentencia de 8 de marzo de 1988 se refirió a “la limitada eficacia real de la venta en garantía que no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio *inter partes* (...) de todo lo cual se concluye que la actora (el fiduciario, en un caso de *fiducia cum creditore*), propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar y vender.”

### 3. Tesis del dominio compartido.

Las posiciones encontradas que se han expuesto, especialmente la de transferencia del dominio efectivo y pleno al fiduciario, han incomodado a la doctrina moderna

---

<sup>407</sup> BETTI, E., Teoría general del negocio jurídico, 2ª Edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, P. 223

<sup>408</sup> FERRARA, F., La simulación en los negocios jurídicos. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, Pp. 90 a 91.

que, cada vez más, juzga desorbitado esto último. Al abrigo de esta preocupación se ha abierto paso una vía argumental que atempera el rigor de la tesis del doble efecto, aunque en ocasiones las fórmulas empleadas parezcan bastante forzadas y pensadas con el único propósito de evitar las exageradas consecuencias de la doctrina del doble efecto (de lo contrario, ¿cómo entender que el fiduciante no transfiera el dominio al fiduciario, sino solamente un dominio formal?).

Para DE CASTRO Y BRAVO<sup>409</sup>, que de mala gana la asume como mal menor, “esta importante dirección teórica ha venido a disminuir la discordancia que existe entre el verdadero título constitutivo y la consecuencia real atribuida al negocio fiduciario; sobre todo tiene el mérito de que con ella se evitan las repugnantes injusticias que origina la teoría del doble efecto.”

A manera de resumen de la posición mayoritaria actual de la doctrina respecto de la *fiducia cum creditore*, LACRUZ BERDEJO<sup>410</sup> se refiere a que, *inter partes*, el fiduciario goza de una *posesión equívoca* que le da derecho a los frutos y accesorios de la cosa entregada en fiducia, lo hace responsable de las contribuciones y deterioros, pero que, por regla general, no lo habilita para la usucapir ni para disponer de ella sin intervención del fiduciante. Respecto de terceros, es un propietario con las limitaciones y precariedades que se deducen de la *causa fiduciae*.

CASTÁN TOBEÑAS<sup>411</sup>, que en este punto ha modulado las consecuencias de su adhesión a la tesis del doble efecto, y De los Mozos, enclavan esta fórmula ecléctica en

---

<sup>409</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, Tomo X (El Negocio Jurídico), Ed. Civitas, Madrid, 1985, P. 409.

<sup>410</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, Elementos de Derecho civil, Tomo III, Volumen Primero, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, Pp. 449 a 450.

<sup>411</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español común y foral, Tomo I, Vol. II, 15ª edición, Ed. Reus, Madrid, 2007, P. 687. “De este modo –dice el autor citado– el *negocio fiduciario*, en vez de tener un doble efecto, tendría un solo efecto, modificado por la fiducia. Es decir, lo que se trata de apuntar es que el negocio fiduciario ha de ser construido como un negocio de *buena fe*. Esto quiere decir que la composición del *negocio fiduciario*, al menos *inter partes* y para los *terceros* que conozcan la existencia de la *fiducia*, impide que se produzcan los efectos que se derivan del medio actuado por las partes (negocio de finalidad traslativa), sin un atemperamiento de tales efectos, lo que es típico de la modificación, en general, de los efectos jurídicos normales cuando interviene la buena fe (...) El negocio fiduciario tiene que ser, necesariamente, un *negocio indirecto*, pues solamente así se puede explicar el juego de la autonomía privada, actuando frente al desenvolvimiento normal de la *norma dispositiva* que desarrolla toda su eficacia en el negocio utilizado por las partes, salvo cuando, o mejor dicho, en tanto en cuanto se ha manifestado su *voluntad contraria*, no en la forma que previene el artículo 1.258 C.c., sino mediante el *pactum fiduciae*, que queda ajeno, propiamente, al negocio realizado por las partes (especialmente en la *fiducia cum creditore*); por el contrario, si esa voluntad contraria formara parte del negocio mismo utilizado por las partes, como en cierto sentido pasa en la *fiducia cum amico*, habría que pensar, seriamente, en la *causa fiduciae*, o en la elevación del *pactum fiduciae* a condición, pero esto es extraño a la estructura interna del negocio fiduciario; por eso, existiendo un antagonismo (*Id.*, Tomo I, Vol. II p. 688) entre el efecto desarrollado por el negocio y el fin indirecto, fiduciario, querido por las partes, no siendo cuestión de invocar aquí la prevalencia de la voluntad interna sobre la voluntad manifestada (art. 1.281 C.c.)

el principio de la buena fe. Para el primero, por la buena fe “se produce, en este caso, a favor del fiduciario, mediante el negocio realizado, la adquisición no de un *títulus acquirendi*, sino de un simple *títulus retinendi*, como, con otros argumentos, vino a decir la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1969”.

De este modo, tratándose de una fiducia *cum creditore*, mientras el fiduciante no devuelva el préstamo, se le niega frente al fiduciario, la acción reivindicatoria, pero no la acción declarativa de dominio<sup>412</sup>. DE LOS MOZOS<sup>413</sup> plantea “que la composición del negocio fiduciario, al menos inter partes y para los terceros que conozcan la existencia de la fiducia, impide que se produzcan los efectos que se derivan del medio actuado por las partes (negocio de finalidad traslativa, por ejemplo), sin un atemperamiento de tales efectos, lo que es típico de la modificación, en general, de los efectos jurídicos normales cuando interviene la buena fe.

GETE-ALONSO<sup>414</sup> aborda la cuestión desde el observatorio de la causa, lo que permitiría hablar, “junto a la propiedad ordinaria (que sería la que corresponde al modelo normal), de una propiedad o titularidad *fiduciaria*, que sería la que ostenta el fiduciario. Esta titularidad *fiduciaria*, configurada por la causa del contrato, se caracteriza porque autoriza la fiduciario para manifestarse, frente a terceros, *como propietario*, pero un propietario limitado, pues lo es temporal (...) lo que supone que (...) si transmite sus adquirentes tendrán la misma posición jurídica (derecho) que él, es decir, limitada temporalmente por la existencia de la causa (...) “El fiduciante no pierde su derecho de propiedad, sino que transmite determinadas utilidades de éste al fiduciario; de manera que deviene como una suerte de nudo propietario.”

---

no hay más remedio que acudir al criterio de la buena fe, con base en el propio art. 1.258 C.c., para paliar los efectos desplegados por el negocio que las partes han llevado a cabo.” (*Id.*, 689).

<sup>412</sup> STS de 25 de febrero de 1988 (RJ 1988/1.305).

<sup>413</sup> DE LOS MOZOS, J. L., *El negocio jurídico* (Estudios de derecho civil), Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, Pp. 480 a 481. Agrega el autor que “Entonces, modificado el alcance normal de los efectos del negocio que las partes han configurado por la buena fe, se produce, en este caso, a favor del fiduciario, mediante el negocio realizado, la adquisición a lo sumo de un *títulus retinendi*, no de un *títulus acquirendi* (...) De este modo, tratándose de una *fiducia cum creditore*, mientras el fiduciante no devuelva el préstamo, se le niega frente al fiduciario la acción reivindicatoria, pero no la acción declarativa de dominio (...) De este modo, el negocio fiduciario, en vez de tener un “doble efecto”, tendría un “solo efecto” modificado por la fiducia...Esto hay que relacionarlo, indudablemente, con lo que dispone el artículo 908 del CC, que viene a dejar fuera de la masa los derechos que en ello (sic) pudieran corresponder al fiduciario” (*Id.*, P. 478).

<sup>414</sup> GETE ALONSO, M<sup>a</sup>. C., *Teoría general del contrato*, En Puig I Ferriol Lluís, Gete-Alonso y Calera María del Carmen, Gil Rodríguez Jacinto, Hualde Sánchez José Javier: *Manual de Derecho civil, II* (Derecho de Obligaciones, Teoría general del contrato), 3<sup>a</sup> edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, P. 659.

También LACRUZ BERDEJO<sup>415</sup> habla de la transmisión de una *propiedad limitada*, pero difiere de Gete-Alonso en cuanto a la facultad dispositiva porque, a su juicio, el adquirente no puede enajenarla “pues no la tiene para eso, sino en garantía, o a los efectos de asistir a la junta general. La enajenación a terceros, hecha por el fiduciario, no es válida, a menos que se trate de tercero de buena fe que crea comprar a un propietario pleno, ignorando la finalidad y limitaciones con que adquirió las fincas o las acciones el fiduciario infiel.”

En una línea similar, JORDANO BAREA<sup>416</sup> expone que “la enajenación de la cosa sub fiducia, a semejanza de lo que ocurre en la prenda e hipoteca, no puede hacerse libremente por el fiduciario sin intervención alguna del fiduciante; de lo contrario habría violación indirecta (*fraus legis*) de la prohibición del *pactum commisorium* (artículo 1.858 y 1.859 del Código civil).”

SANTOS BRIZ<sup>417</sup> se inclina por la idea de un dominio impropio (*dominium impropie dictum*) y afirma que en el negocio fiduciario lo que se transmite y adquiere no es una propiedad o titularidad plena y perfecta, sino un dominio impropio” como si se produjera una división del dominio en una parte formal y otra material”. Ello no impide, agrega, “que los actos dispositivos del fiduciario sean plenamente eficaces en favor de tercero de buena fe por título oneroso, pues el fiduciante ha creado esta posibilidad con sus actos.”

Al analizar la teoría de la titularidad fiduciaria la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>418</sup> considera superada la teoría clásica según la cual el fiduciario era verdadero propietario desde el inicio con obligación de transmitir su propiedad al fiduciante mediante un negocio jurídico posterior. Considera admisible en base al artículo 1.717 CC y según la más moderna teoría y jurisprudencia, que el fiduciante o representado ha sido propietario desde el momento inicial, aunque haya un titular aparente o fiduciario, y que dicho titular fiduciario o representante es un mero gestor o poseedor por cuenta ajena. En cuanto a los terceros de buena fe que hayan contratado o adquirido derechos en el intermedio en que el negocio fiduciario ha estado oculto, considera la Dirección General de los Registros y del Notariado que hay que protegerlos, y que el riesgo de perjuicios lo asume el fiduciante.

---

<sup>415</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Tomo III, Volumen Primero, Dykinson, Madrid, 2007, P. 205.

<sup>416</sup> SANTOS BRIZ, J. y otros, *Tratado de Derecho Civil, Teoría y Práctica*. Tomo III (Derecho de Obligaciones), Bosch, Barcelona, 2003, Pp. 515 a 516.

<sup>417</sup> *Ibid.*, P. 513 a 514

<sup>418</sup> Resolución 6 de julio de 2006 de la DGRN, BOE de 25 de agosto de 2006. Supone una ruptura con la postura mantenida en su última Resolución de 2 de Septiembre de 2004, en que decía justamente lo contrario, y además existía una escritura pública previa documentando el mandato.

A) SUPESTO PRÁCTICO (EMVS)

El supuesto de hecho es el siguiente, por escritura pública de 18/09/1981 ante el notario de Madrid, D. José María Olivares James, bajo el nº 1.902 de orden de su protocolo, se constituyó la sociedad anónima denominada Empresa Municipal de la Vivienda<sup>419</sup>, a la que se transfirieron (según lo establecido en dicho título) las funciones del antiguo Patronato Municipal de la Vivienda y de la Sección de Viviendas del Departamento de Patrimonio del Suelo de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

En la certificación del acta de la sesión extraordinaria del Excmo. Ayuntamiento Pleno de 05/07/1982 se recoge el acuerdo de transferir la titularidad fiduciaria que la Corporación ostenta junto con la dominical de las fincas relacionadas a la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, pudiendo delegar el Consejo de Administración los actos de disposición y administración relativos a las fincas en el Consejero Delegado, estableciendo además que la titularidad fiduciaria será ejercitada por la EMV en el ámbito del cumplimiento de los objetivos sociales para los que fue creada.

En el Reglamento de Régimen Interior de la Gerencia Municipal de Urbanismo, en su título Preliminar relativo a la naturaleza jurídica y competencias, concretamente en su art. 2, apartado d), establece que será de especial competencia de la Gerencia Municipal de Urbanismo “gestionar el Patrimonio Municipal de Suelo, a cuyo fin podrá adquirir, poseer, reivindicar, administrar, gravar y enajenar toda clase de bienes, así como asumir la titularidad fiduciaria de disposición, correspondiendo la dominical al Ayuntamiento....”

En el título del que dimana alguna compraventa analizada, escritura del notario de Madrid, D. Ignacio Zabala Cabello, de fecha 28 de enero de 1987 y número 292 de orden de su protocolo, se refleja expresamente por el notario, que el Gerente de la EMV, “actúa a su vez, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, en su calidad de titular fiduciaria de las fincas que se dirán, según acredita el señor compareciente con fotocopia, que yo, el Notario, doy fe de que coincide en un todo con su original, de una certificación expedida por Don José Mario Corella Monedero, vicesecretario General del Excmo. Ayuntamiento de Madrid...”.

Por consiguiente, la compraventa meritada parece que refleja fielmente la reciente interpretación que del negocio fiduciario hace Dirección General de los Registros y del Notariado, materializado en la representación del Ayuntamiento de Madrid en dicho negocio por la antigua Empresa Municipal de Vivienda, según la cual el fiduciante o representado ha sido propietario desde el momento inicial, aunque haya un titular aparente o fiduciario, y que dicho titular fiduciario o representante es un mero gestor o poseedor por cuenta ajena.

---

<sup>419</sup> Actualmente, Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.

### 3. VENTA DE PROMOCIÓN DE VIVIENDAS: ART. 25 LAU

Respecto a la justificación de las sociedades municipales, en tiempos de crisis económica<sup>420</sup>, de vender parte de su parque inmobiliario<sup>421</sup> para coadyuvar al saneamiento de sus cuentas, está directamente relacionada con que, en muchos casos, las rentas abonadas por los arrendatarios sean de escasa cuantía<sup>422</sup>.

En este contexto, es discutible que el principio general del Derecho de la buena fe<sup>423</sup> o principios generales de los contratos, como el de la reciprocidad de las prestaciones contractuales, e intereses<sup>424</sup>, y el carácter conmutativo de los contratos onerosos, permitan sostener que el arrendatario no puede exigir del arrendador acometer reparaciones de carácter auténticamente rehabilitador. En este sentido, no debe aplicarse de forma mecánica, ni automática el artículo 21 de la LAU de 1994, pues en casos como el presente se podrían vulnerar no solamente los preceptos y principios indicados, sino la debida equidad contractual e, incluso, supondría un abuso del derecho y una actuación *inciviliter*<sup>425</sup> del arrendatario, como ha reiterado la jurisprudencia y la jurisprudencia menor<sup>426</sup>.

---

<sup>420</sup> Castigando especialmente al mercado inmobiliario, tras la explosión de la llamada “burbuja inmobiliaria”.

<sup>421</sup> En especial, determinadas promociones que pudieran resultar deficitarias.

<sup>422</sup> Alrededor de los 3 euros por metro cuadrado útil al mes.

<sup>423</sup> Art. 9 Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos.

<sup>424</sup> Art. 1.289 Código Civil: “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”.

<sup>425</sup> STS, de 20 de julio de 2011 (Roj: STS 5536/2011), Antecedente Duodécimo: “No puede aducirse respecto de la aquí demandante apelada un “inciviliter agere” -o “incivile ac inusitatum”-; no actúa con “abuso de derecho” porque ella no está postulando sino la consecuencia jurídica anudada por el ordenamiento a la resolución unilateral del contrato de arrendamiento efectuada por la parte arrendataria”. Por su parte la STS, de 10 de febrero de 1998 recoge la doctrina de la de 5 de junio de 1972, la cual sienta, según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de la propia Sala Primera, reflejada, entre otras, en la STS de 28 de noviembre de 1967, que para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: 1.º uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y 3.º, inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada de forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca no a un fin serio y legítimo sino al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios (SSTS, Sala Primera, de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963 y 12 de febrero de 1964, 30 de mayo de 1995, 5 y 15 de marzo, 20 de julio y 25 de septiembre de 1996, 10



En cuanto a la enajenación de promociones de viviendas con protección pública, cedidas en arrendamiento y sitas en Madrid, ha de tenerse en cuenta tanto el artículo 20 del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, como el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid<sup>427</sup>. Su

---

de febrero y 30 de junio de 1998), *id est*, a un *animus nocendi* o intención dañosa que carezca del correlativo a una compensación equivalente (STS, Sala Primera, de 17 de febrero de 1958, 22 de septiembre de 1959, 4 de octubre de 1961, 26 de abril de 1976, 2 de junio y 7 de julio de 1981, 22 de abril de 1983, 25 de junio de 1985, 14 de febrero y 30 de junio de 1986, 9 de septiembre de 1987, 12 de noviembre de 1988, 1 y 27 de febrero de 1990, 5 de marzo y 11 de mayo de 1991, 20 de febrero y 3 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 5 de abril de 1993, 6 de mayo, 11 de julio y 2 de diciembre de 1994, 13 de febrero de 1995, 5 de marzo y 25 de septiembre de 1996, 4 de julio y 10 de octubre de 1997), no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (SSTS, Sala Primera, de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* (SSTS, Sala Primera, de 17 de abril y 17 de noviembre de 1965 y 12 de febrero de 1966); a salvo, claro está, que el Tribunal Sentenciador hubiera declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de *iusta causa litigantis* (SSTS, Sala Primera, de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933, 13 de junio de 1942, 14 de febrero de 1944, 17 y 27 de febrero de 1958, 4 de marzo y 22 de septiembre de 1959, 7 de junio y 25 de noviembre de 1960, 4 de octubre de 1961, 10 de junio de 1963, 17 de abril y 17 de noviembre de 1965, 12 de febrero de 1966, 28 de noviembre de 1967 y 5 de junio de 1972, entre otras). Sobre deber acudirse a este expediente solo en casos patentes (SSTS, Sala Primera, de 6 de abril de 1987, 20 de febrero de 1992 y 27 de abril, 11 de julio y 2 de diciembre de 1994), en este caso no concurren los presupuestos determinados en las resoluciones que se acaban de mencionar porque la actora está ejercitando su derecho, con reconocimiento constitucional, a obtener de los órganos judiciales un pronunciamiento, preferiblemente -no exclusivamente- de fondo, sobre la acción que afirma ostentar, con el objetivo -asimismo afirmado- 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, por ello, una *iusta causa litigantis* (no *iuxta*, como tan errónea como frecuentemente se acostumbra a escribir), que excluye todo abuso de derecho, pues no se ha probado la intención de dañar (SSTS, Sala Primera, de 20 de febrero de 1992, 27 de abril y 11 de julio de 1994, 5 de marzo de 1996 y 9 de febrero y 30 de mayo de 1998), 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 (SSTS, de 27 de mayo de 1988, 15 de junio de 1995, 5 de marzo y 30 de octubre de 1996 y 3 de julio de 1997”.

<sup>426</sup> Sentencias de las audiencias provinciales de Zaragoza, de 18 de noviembre de 1999, de Vizcaya, de 7 de julio de 2000, de Cádiz, de 14 de octubre de 2002 y de Madrid, Sección 9ª, de 12 de junio de 2008.

<sup>427</sup> Al regular la transmisión de promoción de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento a terceros. Además, hay que tener en cuenta que el TC en su recentísima Sentencia de 8 de julio de 2013 desestima el conflicto positivo de competencia número 3.194-2008 promovido por la Comunidad de Madrid. En efecto, el art. Único, apartado Uno, número 12 del Real Decreto 14/ 2008, de 11 de enero, por el que se aprobó el Plan Estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda fue impugnado por la CAM por inconstitucionalidad y extralimitación competencial. Dicho Plan estuvo vigente hasta el 25 de diciembre de 2008. La regulación derogada exigía la autorización administrativa por el órgano autonómico competente, en cambio la nueva

texto establece que las Viviendas con Protección Pública para arrendamientos calificados definitivamente, podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados, por promociones completas y a precio libre, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso a nuevos titulares.

Con todo, se requería la previa autorización<sup>428</sup> de la Consejería competente en materia de vivienda. Pero, por Sentencia de 8 julio de 2013, el Tribunal Constitucional desestima el conflicto positivo de competencia planteado por la Comunidad de Madrid contra el Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, con el que el Gobierno modificó las condiciones fijadas por el Ejecutivo madrileño para la venta de estas viviendas, avalando así la tesis que se defiende en el presente trabajo en favor de la venta de las viviendas protegidas. La norma origen del conflicto modificó el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que aprueba el Plan Estatal 2005-2008, con el fin de favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Para ello, sustituyó el requisito de “autorización previa” para la venta de los inmuebles protegidos para el alquiler por el de mera “notificación” al órgano autonómico competente, en consonancia con la normativa europea y la nacional de transposición, “que tienden a privilegiar las declaraciones responsables o comunicaciones previas frente al sistema clásico de autorización”.

Dicha enajenación lleva aparejada la cesión de los contratos de arrendamiento subyacentes, toda vez que los nuevos titulares se subrogan en los derechos y obligaciones del originario arrendador.

En relación con el derecho de adquisición preferente, esto es, los derechos de tanteo y/o retracto de los arrendatarios, resultaría de aplicación la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos<sup>429</sup>, cuyo artículo 25, párrafo número 7<sup>430</sup>,

---

regulación sólo requiere notificar previamente la enajenación. El Alto Tribunal considera que la notificación es una técnica de intervención administrativa más idónea que la autorización para el propósito de la liberalización del mercado del alquiler de viviendas. En consecuencia al modificar el Plan Estatal “el Estado ha ejercido sus competencias normativas”, ya que “puede ejercer actividades de fomento en el mercado inmobiliario por la evidente conexión de este sector con la economía nacional”.

<sup>428</sup> A modo de ejemplo, bajo el número de expediente: 06-GC-00013.2/1996, la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación (Área de Calificaciones) de la C.A.M. autorizó con fecha 22-10-2010 la transmisión de la promoción de viviendas con Protección Pública para arrendamiento, sita en la PARCELA EBA.26 de Madrid. También, en la misma fecha, con el número de expediente: 06-GP-00149.5/2001, autorizó transmisión de las viviendas con Protección Pública para arrendamiento, sitas en la C/ Martín Muñoz de las Posadas 7, Parcela 1.10, en Madrid.

<sup>429</sup> En este sentido, hay que tener en cuenta la recentísima reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas, aprobada en el Pleno del Congreso de los Diputados el día 23 de mayo de 2013. El Boletín Oficial del Estado ha publicado el 5 de junio de 2013 dicha Ley, que entra en vigor al día siguiente de su publicación. Tenemos, así, cuatro textos legales que aplicaremos a los arrendamientos de vivienda, dependiendo de la fecha del contrato, a saber: Texto Refundido de la LAU 1964, el RDL 2/1985, la propia LAU 29/1994 antes de la reforma, y la LAU ahora reformada por la Ley 4/2013, de 4 de junio. La reforma debía haber agrupado todos los preceptos para que confluyeran en una única Ley,

declara que "no habrá lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que forman parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos"<sup>431</sup>.

El derecho de tanteo y retracto goza de preferencia frente a cualquier otro similar, salvo el retracto reconocido al condueño de la finca y el convencional que hubiera sido inscrito en el Registro de la Propiedad antes de celebrarse el contrato de arrendamiento. Será requisito para inscribir la escritura de venta en el Registro de la Propiedad la justificación de haberse cumplido las notificaciones anteriores. Asimismo y a efectos de inscripción, cuando la finca vendida no esté arrendada deberá declararlo expresamente el vendedor en la escritura, so pena de incurrir en falsedad en documento público, con el fin de que exista la máxima concordancia entre la realidad jurídica y la registral. Si la vivienda se alquiló con elementos accesorios<sup>432</sup>, el derecho de tanteo y retracto deberá ejercitarse sobre el conjunto.

Según una reciente sentencia del Alto Tribunal<sup>433</sup>, tiene validez la renuncia previa del arrendatario al derecho de retracto en el contrato, "el artículo 25 de la actual LAU

---

que contemplara todos los contratos. Por consiguiente nos encontramos ante una vorágine arrendaticia, pues, dependiendo de la fecha del contrato, aplicaremos normas totalmente diferentes. El Preámbulo de la nueva Ley 4/2013 dice textualmente que su intención es "reforzar la libertad de pactos dando prioridad a la voluntad de las partes" Sus características más destacables son: La reducción de la duración obligatoria a la sola decisión del arrendatario, cualquiera que sea la duración pactada, desde los cinco años actuales hasta los tres de la reforma. La posibilidad de desistimiento en cualquier momento, una vez transcurridos seis meses de contrato, por parte del arrendatario con tan solo 30 días de preaviso, pues la LAU de 1994 garantizaba la permanencia por la anualidad en curso. La falta de inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad, significa la posibilidad de extinción del arrendamiento si el piso cambia de propietario. La eliminación de los llamados *arrendamientos suntuarios* (aunque a efectos prácticos poco cambia: sigue rigiendo para estos y otros arrendamientos, salvo en lo expresamente autorizado, el Título II de la Ley) y exclusión del *arrendamiento por temporadas* de la Ley arrendaticia. La posibilidad de suspender el pago de la renta del contrato cuando el arrendatario acometa obras, por el tiempo que pacten. Libertad para pactar la actualización de la renta. Agilización de plazos en casos de impago, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y creación de un registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler.

<sup>430</sup> Al regular las condiciones de ejercicio del derecho de adquisición preferente del arrendatario en caso de venta de la vivienda arrendada.

<sup>431</sup> "Lo regulado en este inciso primero parece estar pensado para el supuesto de un arrendatario que pretendiese ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre su parte arrendada, y por eso se le prohíbe; porque en caso contrario, puede que la venta conjunta se frustrara con el consiguiente perjuicio para el propietario" [LLAMAS POMBO, E. -coord.-, *Ley de Arrendamientos Urbanos, comentarios y jurisprudencia doce años después*, Madrid, 2007, La Ley, 1ª ed., P. 650].

<sup>432</sup> Garaje, trastero, etc.

<sup>433</sup> STS 4 de marzo de 2015, Sala Primera de lo Civil, rec. 833/2013.

1994 –dice el Tribunal- dispone específicamente que las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente, pero ello no implica que la renuncia efectuada en el presente caso carezca de eficacia por estar conferida en términos generales para aquellos derechos distintos al de prórroga forzosa y traspaso. Así lo ha considerado razonadamente la Audiencia interpretando la voluntad de las partes al entender que efectivamente las mismas se plantearon la renuncia del derecho de retracto, sin que la ahora demandante pueda alegar desconocimiento. La renuncia de derechos constituye un acto de disposición abdicativa respecto de un derecho subjetivo ya nacido que, como consecuencia de ello, sale del patrimonio del renunciante y a tal renuncia se refieren las sentencias que se citan en el motivo -sin posterior mención en su desarrollo- exigiendo que sea clara, contundente y expresa. Cuando la renuncia se hace antes de que el derecho haya nacido, se trata más bien de un supuesto de exclusión de la ley aplicable que, en el ámbito contractual, resulta posible (artículo 1.255 Código Civil) salvo que la ley establezca lo contrario para proteger la posición de alguno de los contratantes, como sucedía en el presente caso con el derecho de prórroga forzosa y no con el de retracto que resultó válidamente renunciado. ..."

Si la vivienda arrendada forma parte de un edificio que se vende en su conjunto a un mismo comprador, no cabe como sabemos derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario. En los casos de arrendamiento de vivienda de duración pactada superior a cinco años, el arrendatario podrá disponer de este derecho renunciando al mismo.

Pero hay que señalar que procede la estimación del derecho de retracto arrendaticio en algunos casos de venta en globo y por precio único, en evitación de una posible burla a los derechos del arrendatario. Por tanto, es especialmente relevante el carácter y determinación del inmueble objeto de venta efectuada por el arrendador, esto es, si lo el objeto de la venta es un edificio en su totalidad, o, por el contrario, un conjunto de fincas agrupadas. Dada la finalidad de la Ley arrendaticia urbana, el derecho de retracto ha de considerarse aplicable no solamente en los casos en que se venda un solo piso o planta destinados a vivienda o local de negocio, sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más y realice la venta conjunta por un solo precio, en cuya coyuntura se impone la necesidad de reconocer a los inquilinos o arrendatarios la facultad de ejercitar el derecho de retracto, pues, de lo contrario, quedaría a merced de confabulaciones entre propietarios y terceros adquirentes de los bienes arrendados, de manera que los propósitos perseguidos por el Legislador se verían frustrados<sup>434</sup>.

---

<sup>434</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., "El retracto arrendaticio ante la venta en globo del edificio", en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coord.) ABRIL CAMPOY, Juan Manuel y AMAT LLARI, María Eulalia, Vol. 1, Valencia, 2006, Tirant lo Blanch, Pp. 1063 a 1086.

En relación a la venta de promociones completas de viviendas protegidas en régimen arrendamiento, mi modesta opinión jurídica es que no es impedimento para la venta de los inmuebles de forma conjunta los posibles derechos de tanteo o retracto a favor de los arrendatarios (incluso ex Decreto 100/1986), ya que el artículo 25.7 LAU excluye tales derechos cuando se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador o que formen parte de un mismo inmueble.

A mayor abundamiento, la LAU tiene rango normativo de ley y prevalece al carácter normativo reglamentario del Decreto 100/1986.

Por otro lado, el citado decreto regula la cesión de viviendas de protección oficial de promoción pública y las viviendas en estudio para su venta no tienen dicha calificación.

Concretamente, el art. 4 LAU establece la normativa general que ordena el sometimiento de todos los arrendamientos a las disposiciones de los títulos I, IV y V, y a continuación el de los arrendamientos de viviendas al título II (normas imperativas) y de los otros arrendamientos para fines distintos al de vivienda al Título III (normas dispositivas en defecto de las partes). Es decir, el artículo 25 (sobre derecho de adquisición preferente) está en el título II, capítulo IV (de los derechos y obligaciones de las partes) y es norma imperativa.

En este sentido, el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, indica textualmente: “Las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento y para arrendamiento con opción de compra calificadas definitivamente podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados por promociones completas y a precio libre en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a un nuevo titular o titulares, siempre que sean personas jurídicas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación por parte del nuevo o los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidas, subrogándose en sus derechos y obligaciones”.

En consonancia con la actuación de los poderes públicos que demanda del artículo 47 de la Constitución, ha de reiterarse que el importe de la enajenación, deberá ser destinado a obtener financiación bastante con la que volver a construir viviendas con protección pública<sup>435</sup>.

---

<sup>435</sup> No debiendo eludir que una de las fórmulas para obtener financiación viene recogida en el artículo 25-2 d. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que habilita al municipio, en definitiva, a la promoción y gestión de viviendas y por ende a la sociedad mercantil local a llevar a cabo “transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales que se estima preciso establecer para el cumplimiento de sus fines”.

Por consiguiente, la promoción que obtuvo calificación definitiva de viviendas con protección pública para arrendamiento según el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, también se puede enajenar. Así y según dispone la Disposición Transitoria Primera del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Vivienda de Protección Pública de la Comunidad de Madrid, las Viviendas con Protección Pública calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, quedarán sometidas al régimen de Protección Pública establecido en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por este Decreto<sup>436</sup>. De tal forma, podemos concluir con el artículo 20 del Decreto 11/2005: “las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento calificadas definitivamente podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados, por promociones completas y a precio libre, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a nuevos titulares, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de la promoción, con la obligación por parte de los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones”.

En síntesis y de conformidad a los términos de la correspondiente normativa autonómica a la que nos hemos referido, existe habilitación legal suficiente para la enajenación por parte de la sociedad mercantil local de promociones de viviendas con protección pública, en régimen de arrendamiento y sitas en Madrid.

Por otro lado, no es impedimento como ya hemos visto para la venta de los inmuebles, de forma conjunta, los posibles derechos de tanteo o retracto en favor de los arrendatarios<sup>437</sup>, ya que el artículo 25.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos excluye tales derechos “cuando se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador o que formen parte de un mismo inmueble”.

Una vez materializada la enajenación a que nos referimos, se produce en la relación jurídica contractual subyacente una suerte de novación subjetiva<sup>438</sup> del arrendador, que en el caso que nos ocupa, pasaría de ser una sociedad mercantil local a un nuevo titular, siempre que se trata de una persona jurídica, incluidas sociedades o fondos de inversión inmobiliaria.

---

<sup>436</sup> Sin otras excepciones que el plazo de duración de dichos regímenes, así como el porcentaje a aplicar para la determinación de las rentas máximas iniciales anuales de las viviendas destinadas a arrendamiento, que serán los establecidos de acuerdo con lo dispuesto en la normativa indicada.

<sup>437</sup> Incluso *ex* Decreto 100/1986.

<sup>438</sup> Cfr. MORETÓN SANZ, M. F., “Examen Crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, Fascículo II, Madrid, abril-junio de 2008, Pp. 622 a 719.

En efecto y haciendo un símil o analogía con la transmisión de las deudas, suscribo plenamente el criterio de la Profesora Moretón<sup>439</sup> de no identificarlo como un supuesto de novación propiamente dicho. Así y siguiendo a la Profesora, dada la triple coexistencia de sistemas que regulan la institución de la expromisión y para cuando la deseada unificación de derechos europeos se materialice, mi propuesta *lege ferenda* es que el legislador también tenga en cuenta figuras análogas como la novación del arrendador mencionada<sup>440</sup>.

#### 4. CONCEPTO DE PROMOCIÓN PÚBLICA DE VIVIENDAS

El Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, en su disposición derogatoria, ordena la derogación normativa a excepción de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Decreto 11/2005, de 27 de enero, del Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por dicho Decreto, sin perjuicio de su aplicación a aquellas viviendas calificadas definitivamente a su amparo. Por lo tanto, aplicable a las promociones calificadas conforme al mismo, el antiguo Decreto en su artículo 20, relativo a la transmisión de promoción de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento a terceros, establecía que las viviendas con protección pública para arrendamiento calificadas definitivamente podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados. Por tanto, para la enajenación de promociones completas por sus promotores (ya tratada), daba igual que la promoción fuera pública o privada.

El Reglamento de Vivienda con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 11/2005, de 27 de enero, supuso un incuestionable esfuerzo de refundición al establecer de forma clara y sistemática el régimen jurídico de la vivienda protegida en la Comunidad de Madrid, con vocación de permanencia, separado de la financiación a adquirentes y promotores articulada en los distintos Planes de Vivienda. Sin embargo, el contexto socioeconómico, marcado por un importante ajuste del mercado de la vivienda, tanto en precios como en cantidades, aconsejó abordar una nueva regulación reglamentaria que adapte el sistema legal de la vivienda con protección pública de la Comunidad de Madrid a este contexto, profundizando en una mayor flexibilidad y simplificación del marco jurídico<sup>441</sup>, dicho nuevo reglamento es el meritado Decreto 74/2009, de 30 de julio, actualmente

---

<sup>439</sup> Cfr. MORETÓN SANZ, M. F., *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid: Lex Nova, junio 2008, 1ª ed., Pp. 275 a 285.

<sup>440</sup> Capaces de modificar con secuencias modificativas o acumulativas, fielmente a la tradición del sistema italiano que las contempla. Cfr. supra, ob. cit. pág. 285.

<sup>441</sup> Vid. Introducción del Decreto 74/2009, de 30 de julio.

vigente con la última modificación por Decreto 59/2013, de 18 de julio de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio, y otras normas en materia de vivienda. Modificación que afecta, básicamente, a mejoras en el régimen aplicable a la tipología de vivienda con protección pública para arrendamiento con opción de compra, con la posibilidad de que las puedan ofrecerse a personas que superen los treinta y cinco años de edad, al objeto de facilitar la ocupación de Promociones de vivienda que no lo están en la región<sup>442</sup>.

Pues bien, el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, que norma la transmisión de promoción de viviendas con protección pública para arrendamiento a terceros expresa que podrán ser enajenadas por sus titulares, omitiendo cualquier mención al promotor, ya sea público o privado. El objetivo velado que inspira la nueva redacción es ampliar las posibilidades en aras a combatir “la evolución reciente del sector de la vivienda que ha generado un importante número de viviendas terminadas que encuentra dificultades para salir al mercado”<sup>443</sup>.

Avanzando más en la exposición de este apartado, el Decreto 100/1986, de 22 de octubre, que regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del 31 de octubre de 1986, es una norma vigente y que, por tanto, forma parte del ordenamiento jurídico.

Si bien, dicho Decreto, según se expone en su preámbulo, supone un conjunto de normas particulares que, en parte, derogan y sustituyen al Decreto 3.148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolló el Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, estableciéndose ahora las condiciones básicas bajo las cuales los entes públicos titulares de viviendas de promoción pública ceden dichas viviendas en arrendamiento. Se trata, pues, de cesión de viviendas de promoción pública orientada básicamente hacia el sistema de venta a los adjudicatarios dentro del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

El Decreto establece las condiciones básicas para la cesión en arrendamiento de las viviendas de promoción pública, definidas por el Artículo 38 del Real Decreto 3.148/1978, de 10 de noviembre, como aquéllas viviendas promovidas sin ánimo de lucro por el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y por aquellos entes públicos territoriales a quienes expresamente se atribuya esta competencia dentro de sus respectivos ámbitos territoriales.

Considerando que su alcance se limita exclusivamente a los entes públicos titulares de viviendas de promoción pública, debe estimarse que no es de aplicación

---

<sup>442</sup> Vid. Introducción del Decreto 59/2013, de 18 de julio.

<sup>443</sup> Vid. Introducción del Decreto 74/2009, de 30 de julio.



obligatoria a la cesión en arrendamiento de aquellas viviendas de protección oficial de promoción privada.

Aunque según el Tribunal Supremo<sup>444</sup>, y solo para el IVIMA, lo definitorio para que les sea de aplicación el repetido Decreto, no es tanto que sean viviendas de promoción pública, sino que se trate de viviendas que sean del patrimonio del IVIMA y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación.

El criterio diferenciador de la promoción pública frente a la promoción privada es controvertido<sup>445</sup>. No obstante ello, parece que el criterio más acertado a los efectos definitorios es el previsto en el ya indicado Real Decreto 3.148/78 que distingue claramente dentro del régimen de protección oficial la llamada "promoción pública" de la denominada, por contra, "promoción privada", en función de la finalidad que da origen a la misma, delimitándose consecuentemente un tratamiento diferenciado. Este criterio es, por otra parte, el que sigue el Ministerio de Fomento. Sus características son requisitos tales como que:

- La competencia para su promoción se atribuye al Estado, a las Comunidades Autónomas y a aquellos Entes públicos territoriales a quienes se confiera expresamente la misma.
- Sus finalidades primordiales son las operaciones de eliminación del chabolismo y la infravivienda, y la construcción de viviendas derivadas de operaciones de remodelación de grupos de vivienda promovidos por Entes públicos. No obstante ello, pueden promoverse para atender otras distintas.
- La ausencia de ánimo de lucro en su promoción, cesión, administración y gestión.

---

<sup>444</sup> La STS 17 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso, rec. 1.383/2008, expresa en su Fundamento de Derecho Segundo: "Así pues, aunque el Decreto tiene por finalidad regular, como su propio enunciado indica, "la cesión en arrendamiento de las viviendas de promoción pública", sin embargo, en la Disposición Adicional Primera del mismo se prevé que estas normas del citado Decreto se apliquen, también -con las particularidades que se reflejan en los siguientes apartados de dicha Disposición Adicional Primera -, a la cesión de las viviendas que se adjudiquen a los titulares de los grupos de viviendas que se indican, entre los que se encuentran cualesquiera grupos de viviendas a los que por acuerdo del Consejo de Administración del IVIMA se declare de aplicación (apartado i), siempre que se trate de viviendas "transferidas al patrimonio del IVIMA y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación". Por tanto, lo determinante para que proceda la aplicación de esta Disposición Adicional -que conlleva la aplicación de las normas de dicho Decreto con las particularidades indicadas- es que se trate de viviendas que sean del patrimonio del IVIMA y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación, con independencia de que sean o no viviendas de promoción pública".

<sup>445</sup> Vid. Boletín informativo de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo, Nº 73, 2002, Pp. 3 a 39.

Calificada definitivamente una vivienda de protección oficial de promoción pública, en ningún caso pueden ser descalificadas.

La Jurisprudencia en relación a este régimen ha puntualizado los siguientes extremos:

1. El Tribunal Superior de Justicia<sup>446</sup> de la Comunidad de Madrid considera y analiza los criterios diferenciales de la promoción pública y la promoción privada de la VPO y llega a la conclusión de que las viviendas del caso enjuiciado (promovidas por el INVIFAS) son de promoción pública.

2. Deben ser destinadas a domicilio habitual y permanente y no a segunda residencia, ocuparse en el plazo de un mes desde la entrega de llaves y el alquiler de la vivienda ocupada por el solicitante ha de ser inferior al veinticinco por ciento de los ingresos familiares<sup>447</sup>.

#### IV. PROBLEMAS POR LA APLICACIÓN DEL DECRETO 100/1986, DE 22 DE OCTUBRE (CAM) A CONTRATOS ARRENDATICIOS SUSCRITOS POR EMVS

A modo de antecedentes de hecho, se puede decir que, por EMVS se ha llevado a cabo de forma normalizada durante algún tiempo la suscripción de contratos de arrendamiento para uso de vivienda que incluían entre sus cláusulas referencias al Decreto 100/86. Así, por ejemplo podemos encontrar la siguiente referencia estandarizada:

*SEGUNDA.- Las partes comparecientes contratan el arrendamiento de la citada vivienda por el tiempo de dos años (...).*

*TERCERA.- La duración del contrato de arrendamiento de la vivienda se prorrogará por periodos bianuales (SIC) sucesivos, en el caso de que el arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el Art. 1º del Decreto 100/86 de 22 de Octubre y no sean titulares o posean otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título, dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid. (...)*

*QUINTA.- Las partes se someten a las disposiciones vigentes en todo momento si son de obligada observancia y en otro caso, a las presentes condiciones y*

---

<sup>446</sup> Cfr. St. 4 de febrero 2002, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JT 2002/1.418.

<sup>447</sup> Cfr. St. 29 de mayo de 1996, de la Sala Tercera (secc. 3ª) de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, RJ 1996/4.432.

*subsidiariamente a aquellas disposiciones.*

*SEXTA.- Las partes podrán dar por terminado el presente contrato, avisándose mutuamente con un mes de antelación cuando las Leyes lo permitan. (...).*

Sobre dichos antecedentes de hecho podemos realizar las siguientes consideraciones jurídicas

1. Sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos de arrendamiento suscritos por EMVS

*a) Régimen competencial*

A la hora de tratar el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos urbanos para uso de vivienda, hay que partir de la base competencial que determina la Constitución en su artículo 149. 1. 8ª, que determina la competencia exclusiva del Estado en esta materia. En consecuencia, la normativa autonómica o local que pueda resultar de aplicación a esta materia solo podrá traerse a colación bajo el prisma de la ajenidad a la materia arrendaticia, sin perjuicio de su eficacia en otros campos como la vivienda protegida o la organización administrativa.

*b) Régimen legal en materia de arrendamientos.*

Los arrendamientos que son objeto de este epígrafe se rigen, en función de la fecha de su celebración por la siguiente normativa: Código Civil; Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobada por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre; Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica; Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Esta normativa se aplica en los siguientes términos:

- El Código Civil se aplica a todas las relaciones arrendaticias como derecho de obligaciones y contratos, y supletoriamente en lo referente a los arrendamientos de bienes.
- Contratos anteriores al 9 de mayo de 1985: Se rigen por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobada por Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre
- Contratos celebrados desde el 9 de mayo de 1985 hasta el 1 de enero de 1995: Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobada por Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre con las modificaciones aplicadas por el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica.
- Contratos celebrados desde el 1 de enero de 1995: Se rigen por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

*c) Régimen jurídico aplicable a EMVS.*

EMVS es una sociedad anónima de capital público cuyo único accionista es el Ayuntamiento de Madrid. De conformidad con sus estatutos y la normativa de régimen local, se rige íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

Esta normativa de contratación, hace referencia a la contratación de bienes y servicios que se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero en ningún caso se refiere a los contratos patrimoniales que pueda llevar a cabo EMVS, que están, desde el punto de vista objetivo, expresamente excluidos del ámbito de aplicación de dicha norma<sup>448</sup>y, desde el punto de vista subjetivo, no incluidos dentro de la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas.

Por tanto, en materia de contratos de arrendamientos, opera como cualquier otro sujeto de derecho privado. Sin perjuicio de esto, hay que tener en cuenta que existen dos matices en esta afirmación.

De un lado, el derivado de la naturaleza de EMVS como entidad instrumental del Ayuntamiento de Madrid, lo que implica que determinadas decisiones de gestión se adopten, no de forma puramente autónoma, sino pretendiendo la consecución de determinados objetivos en el marco de una gestión común de competencias. Es decir, EMVS, como entidad instrumental del Ayuntamiento de Madrid, tiene como finalidad coadyuvar a la consecución de las competencias que ejerce o puede ejercer el Ayuntamiento de Madrid, y en tal medida, despliega sus facultades atendiendo a los objetivos que puedan venir marcados desde el Ayuntamiento de Madrid. Esto no quiere decir, que a EMVS se le aplique el mismo régimen que se le aplicaría en materia arrendaticia al Ayuntamiento de Madrid.

De otro, el derivado de la normativa de vivienda de protección pública, al que EMVS, al igual que cualquier otro sujeto que opere en este ámbito, queda sujeta en el cumplimiento del ordenamiento jurídico del que pueden derivar determinadas obligaciones singulares derivadas de la calificación otorgada por el órgano competente de la CAM.

## 1. SOBRE LA APLICACIÓN DEL DECRETO 100/86 A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO SUSCRITOS POR EMVS

Como ya se adelantaba anteriormente, la cuestión fundamental que se pretende explicar es la relativa al alcance la aplicación del Decreto 100/1986, de 22 de

---

<sup>448</sup> Vid. art. 4.1.p Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre

octubre, de la Comunidad de Madrid por el que se regula la cesión, en arrendamiento, de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública<sup>449</sup>, en especial en lo tocante al régimen de duración de los contratos y su sistema de prórrogas.

*a) Naturaleza jurídica dentro del sistema de fuentes del Decreto 100/1986.*

A fin de delimitar el alcance de la aplicabilidad del Decreto 100, es esencial determinar su naturaleza jurídica, es decir, el tipo de norma ante el que nos encontramos. Así, hay que partir de que el Decreto 100 tiene tres elementos diferenciadores:

- Tiene rango reglamentario, al estar dictada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de conformidad con el artículo del 22 Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.
- Tiene eficacia territorialmente limitada a la Comunidad de Madrid.
- Está dictado en el ejercicio de la competencia autonómica en materia de vivienda conforme determinan el artículo 148. 1. 3 de la Constitución y el artículo 26. 1. 4. del Estatuto de Autonomía.

Con estos elementos, hay que concluir que el Decreto 100 tiene un alcance limitado en los planos territorial, objetivo y competencial. El Decreto 100/1986, es ante todo, una norma sobre vivienda de promoción pública, no sobre arrendamientos. Esto implica, que el Decreto 100/1986 es una norma aplicable, no a cualquier arrendamiento, sino tan solo a determinados arrendamientos de viviendas de promoción pública que así se hayan calificado; y esta aplicación no afecta a la materia arrendaticia –por el reparto competencial visto antes-, sino a los aspectos relativos a la vivienda de promoción pública, es decir, la promovida por la Administración.

*b) Aplicabilidad directa a los contratos suscritos por EMVS*

Vista la naturaleza jurídica del Decreto 100/1986 hay que analizar su eventual aplicación a los contratos de arrendamiento suscritos por EMVS.

Hay que partir del hecho de que en ningún caso los contratos hacen referencia a la aplicación, en su régimen jurídico, del Decreto 100/1986. Al contrario, lo que hacen es incorporar determinadas menciones parciales de una norma que no resulta directamente aplicable al clausulado del contrato. Esto, parece que se ha venido realizando por razones de economía contractual o por inercia en la aplicación de determinados modelos de trabajo, pero en ningún caso como consecuencia de la aplicación directa e íntegra de la norma en cuestión.

---

<sup>449</sup> En adelante Decreto 100/1986.

Además, se da la circunstancia de que el propio Decreto 100 limita su ámbito de aplicación a las viviendas de protección oficial de “promoción pública” (naturaleza difícilmente atribuible a la promoción que realiza una sociedad mercantil) a lo que hay que añadir la mención que contiene el propio preámbulo de la norma en cuestión que se refiere expresamente a los “entes públicos” titulares de viviendas de promoción pública.

Por tanto, el Decreto 100/1986 no es una norma directamente aplicable, sino que se ha incorporado de forma limitada a determinados contratos para regular aspectos concretos, y no a la relación contractual en su integridad.

Más aún, el mencionado Decreto 100/1986 carece en la actualidad de vigencia y aplicación a nuevas relaciones contractuales a partir de la entrada en vigor del Reglamento de Viviendas de Protección Pública de la Comunidad de Madrid, limitándose por tanto dicha vigencia; así las cosas, el Decreto 100/1986 se publicó en el BOCM el 31 de Octubre de 1986, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, y ha sido objeto de modificaciones por el Decreto 44/1990 y el Decreto 226/1998, derogando éste último además el art.4 del Decreto 100/1986.

Por otra parte, el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, expone lo siguiente en su preámbulo:

*La Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, creó la figura de la Vivienda con Protección Pública (...). Hasta la fecha, en los sucesivos Decretos que establecían el sistema de financiación cualificada a la Vivienda con Protección Pública para cada Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid, los Decretos 43/1997, de 13 de marzo, y 228/1998, de 20 de diciembre, para el Plan 1997-2000, y el Decreto 11/2001, Decreto 11/2005, de 27 de enero, para el Plan 2001-2004, se han establecido tales condiciones de destino, uso, precio y calidad, es decir, se ha regulado el régimen jurídico de la Vivienda con Protección Pública. Ello tenía su sentido mientras la Vivienda con Protección Pública, por ser una figura de nueva creación, debía abrirse camino dentro del subsector de la vivienda protegida hasta lograr independizarse de la tradicional Vivienda de Protección Oficial. Sin embargo, ello tenía el inconveniente de que su régimen jurídico no poseía una vocación de permanencia, al vincularse a una normativa de financiación para un período temporal concreto. Finalizado el período cuatrienal de vigencia de cada Plan, el nuevo Decreto que establecía el sistema de financiación cualificada a la Vivienda con Protección Pública para el siguiente, debía reproducir el régimen jurídico de dicha tipología de vivienda.*

*Actualmente, la Vivienda con Protección Pública es una figura plenamente consolidada dentro del sector de la vivienda de nueva construcción que se promueve dentro de la Comunidad de Madrid. A nivel local, a través de los diversos instrumentos de planeamiento que han venido incorporando dicha figura al calificar urbanísticamente, bajo esa denominación, el suelo residencial y, a nivel estatal, al ser reconocida implícitamente en el Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, Regulator del*

*Plan de Vivienda y Suelo 2002-2005, al establecerse que la financiación cualificada estatal se otorgará a la promoción y adquisición de viviendas de nueva construcción sujetas a regímenes de protección pública; no por tanto, exclusivamente a la Vivienda de Protección Oficial. Mediante el presente Decreto viene a regularse el régimen jurídico de la Vivienda con Protección Pública, que queda así desvinculado del sistema de financiación cualificada de la misma que pueda establecerse en el marco de cada Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid o en cada Plan estatal de Vivienda y Suelo, que podrá variar, incluso significativamente, en los años venideros, sin afectar a dicho régimen jurídico.*

*Pero la presente norma quiere ir más allá y, en un indudable esfuerzo de simplificación, pretende fijar de forma clara y sistemática el régimen jurídico de toda la vivienda protegida de nueva construcción. Al margen de la vivienda de protección oficial de promoción pública regulada en el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, y cuya promoción corresponde en exclusiva a la Administración, en nuestro ámbito territorial, actualmente, solo existen dos categorías de vivienda protegida: la Vivienda con Protección Pública de la Comunidad de Madrid creada por la citada Ley 6/1997, de 8 de enero, y la Vivienda de Protección Oficial de promoción privada de Régimen especial, cuya pervivencia ha sido destacada por la Administración General del Estado a través del propio Real Decreto 1/2002, de 11 de enero. Por ello este Decreto, aun cuando regula el régimen jurídico de la Vivienda con Protección Pública, en un intento claramente unificador e integrador, extiende su aplicación a la Vivienda de Protección Oficial que puede promoverse en la Comunidad, de forma que, a todos los efectos, el régimen aplicable a toda la vivienda protegida con carácter general sea el mismo.*

Tal unificación del régimen aplicable se establece en la Disposición Transitoria Primera que contiene el mencionado Decreto, y como consecuencia de sus Disposiciones Derogatoria y Final:

Disposición Transitoria Primera. Regímenes anteriores:

*Las Viviendas con Protección Pública, calificadas definitivamente al amparo del Decreto 43/1997, de 13 de marzo; Decreto 228/1998, de 30 de diciembre, y Decreto 11/2001, de 25 de enero, y las Viviendas de Protección Oficial calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que éste les sea de aplicación y, al amparo del correspondiente Real Decreto regulador de la financiación cualificada estatal en materia de vivienda y suelo, quedarán sometidas al régimen de protección pública establecido en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por este Decreto; sin otras excepciones que el plazo de duración de dichos regímenes, así como el porcentaje a aplicar para la determinación de las rentas máximas iniciales anuales de las viviendas destinadas a arrendamiento, que serán los establecidos en las respectivas calificaciones de acuerdo con lo dispuesto en la normativa indicada. Todo ello a salvo de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera.*

Derogación normativa

*A la entrada en vigor del presente Decreto quedarán derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el mismo. En particular quedarán derogados los siguientes preceptos:*

*a) Del Decreto 11/2001, de 25 de enero, por el que se regula la financiación cualificada a actuaciones protegidas en materia de vivienda y su régimen jurídico para el período 2001-2004, los artículos 6 a 18, el artículo 23, el artículo 24, a excepción de su apartado 1, los artículos 26 a 28 y las Disposiciones adicionales primera a cuarta.*

*b) De la Orden de 13 de marzo de 2001, de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, reguladora de las bases para la concesión de la financiación cualificada a la vivienda con protección pública y a la rehabilitación con protección pública, prevista en el Decreto 11/2001, de 25 de enero, los apartados 1 y 5 del artículo 9, los artículos 12 a 14, y las Disposiciones adicionales primera y segunda.*

#### Disposiciones Finales

*Primera. Normativa supletoria aplicable: En lo no previsto en el Reglamento aprobado por el presente Decreto regirá como supletoria la normativa estatal vigente en materia de vivienda de protección oficial<sup>450</sup>.*

A nuestro juicio, el Decreto 100/1986 habría devenido por tanto inaplicable conforme a la disposición transitoria transcrita, aplicándose por tanto el indicado Decreto 11/2005; y por otra parte, el repetido Decreto 100/1986 habría quedado derogado conforme a la Derogación genérica establecido en la Disposición Derogatoria del Decreto 11/2005, por cuanto el Decreto 100/1986 sería contrario, de mantenerse su vigencia y aplicación, al régimen unificador establecido en el Decreto 11/2005, por cuanto el mencionado Decreto 100/1986 establece un régimen totalmente distinto al de aquél, y su aplicación, la del Decreto 100/1986, únicamente recaería sobre una única o singular tipología de vivienda protegida, la vivienda en arrendamiento de protección oficial de promoción pública, singularidad que resulta proscrita en el Decreto 11/2005, que establece y propugna un régimen aplicable único a todas las viviendas con protección pública.

Por otra parte, aunque el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid actualmente vigente es el aprobado mediante Decreto 74/2009, de 30 de julio<sup>451</sup>, modificado por el Decreto 59/2013, de 18 de julio de 2013<sup>452</sup>, la Disposición Transitoria Primera del indicado Decreto 74/2009 establece, para los regímenes anteriores que:

---

<sup>450</sup> Todos los subrayados son propios y no están en el texto oficial.

<sup>451</sup> Publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 188, de 10 de agosto de 2009.

<sup>452</sup> Publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 172, de 22 de julio de 2013.



*A las Viviendas con Protección Pública, calificadas definitivamente al amparo del Decreto 43/1997, de 13 de marzo; Decreto 228/1998, de 30 de diciembre, y Decreto 11/2001, de 25 de enero, o a las Viviendas de Protección Oficial, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que este sea de aplicación y, al amparo del correspondiente Real Decreto regulador de la financiación cualificada estatal en materia de vivienda y suelo, les será de aplicación lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid”.*

En conclusión conforme a lo anteriormente expuesto, el régimen jurídico de las viviendas en su día calificadas como de protección oficial de promoción pública al amparo del Decreto 100/1986, de 22 de Octubre, de la Comunidad de Madrid, es el contemplado en la legislación indicada: Ley 6/1997 , de 8 de Enero, de protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid, y el Decreto 11/2005, de 27 de enero, de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid, salvo las excepciones previstas en la disposición transitoria de éste último Decreto.

Según lo anteriormente desarrollado, la aplicabilidad del Decreto 100/86 por ministerio de la Ley no procede sin la concesión de la preceptiva calificación de vivienda de protección oficial de promoción pública en arrendamiento por parte del organismo correspondiente.

#### A) SOBRE LA DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO ANALIZADOS Y SU RÉGIMEN DE PRÓRROGAS

Ya se han indicado anteriormente las menciones a las que hacen referencia los contratos cuya duración y régimen de prórrogas se está analizando. En este tipo de contratos se ha de partir de una cuestión clara: la duración del contrato es determinada ya que se señala un plazo concreto.

Una vez transcurrido dicho plazo, en función de la fecha del contrato pueden suceder varias cosas:

- Para los contratos anteriores al 9 de mayo de 1985, la LAU del año 1994 trata de evitar en lo posible la existencia de los arrendamientos de enorme prolongación en el tiempo que posibilitaba la ley de inquilinato del año 1964, de manera que establece para los arrendamientos de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985, que se registrarán por el TRLAU y por la DT 2ª LAU por lo que les siguen siendo aplicables la prórroga forzosa (artículo 57 TRLAU) y las excepciones a la prórroga (artículos 62 y ss. en relación con el 114 TRLAU). No obstante, si bien este sería el régimen general aplicable a los contratos denominados en la TRLAU de inquilinato, dicho régimen no resulta aplicable a las viviendas de protección oficial que se registrarán por su normativa de aplicación conforme prescribe la LAU.

- Para los *contratos posteriores al 9 de mayo de 1985 y anteriores al 1 de enero de 1995*, según la DT 1ª LAU 94, continuarán rigiéndose por el Real Decreto-Ley 2/1985, por lo dispuesto para el contrato de inquilinato en la TRLAU, además de por los apartados 2 y 3 de la DT 2ª. Como el régimen aplicable a estos contratos es en principio el que tuvieron en su momento de celebración –posterior al Real Decreto-Ley 2/1985–, por el que las partes no quedaban sometidas a la prórroga forzosa de la anterior regulación y la duración del contrato será la pactada. A la extinción del contrato por transcurso del plazo pactado, podrá tener lugar la tácita reconducción del artículo 1.566 CC por un período de tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación del arrendatario del conforme al artículo 9.1 LAU, pero en caso de que se recondujera tácitamente, ese nuevo contrato de arrendamiento quedará sometido a la regulación de la LAU para los arrendamientos de vivienda;

- Para los contratos posteriores al 1 de enero de 1995 y anteriores al 6 de junio de 2013 la duración del arrendamiento es la pactada por las partes, teniendo en cuenta que conforme al sistema limitado de prórrogas forzosas, éstas se sucederán si así lo desea el arrendatario hasta que el contrato alcance tres cinco años, y en que transcurrido ese mínimo de tres años podrá tener lugar la tácita reconducción del artículo 1.566 CC.

A la hora de aplicar este régimen al contrato-modelo estudiado, en primer lugar hay que poner en relación dos cláusulas del contrato: la segunda, que determina la duración del contrato (dos años en este caso) y la séptima, que faculta a cualquiera de las partes a finalizar el contrato avisándose con un mes de antelación cuando las leyes lo permitan.

Vistas estas cláusulas de forma aislada, no existe duda alguna en la duración limitada del contrato y la posibilidad de denuncia unilateral con dos límites: el plazo de dos años pactado inicialmente y la eventual prórroga forzosa a que pudiere haber lugar conforme a la normativa de arrendamientos urbanos analizada, y la posterior tácita reconducción conforme al art. 1566 del Código Civil.

El elemento discutido en la interpretación de este contrato lo introduce la cláusula tercera que determina que “la duración del contrato de arrendamiento de la vivienda se prorrogará por periodos bianuales sucesivos, en el caso de que el arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el art. 1º del Decreto 100/86 de 22 de Octubre y no sean titulares o posean otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título, dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid”.

Por los inquilinos se ha mantenido que la mención contenida en la cláusula tercera constituye en supuesto de prórroga forzosa en virtud de la cual el arrendatario puede prorrogar unilateralmente la duración del contrato si cumple los dos requisitos señalados (determinado nivel de renta y no disponer de otra vivienda).

Pues bien, además de que por los inquilinos interesados no se ha acreditado el ejercicio de dicho derecho a prórroga conforme a su tesis (ejercicio que debería

haberse efectuado antes del transcurso de los dos años primeros años de vigencia del contrato), la hipótesis que aquí se pretende mantener es justamente la contraria, es decir, que no nos encontramos ante un supuesto de prórroga forzosa, ni siquiera en los casos en que el arrendatario siga cumpliendo los requisitos señalados. Y ello por los siguientes motivos:

i) En primer lugar, por la interpretación literal de la cláusula que lo que pretende es señalar un régimen tácito de prórrogas para el caso de que no se denuncie el contrato antes de la expiración del término del mismo. Dicho en otras palabras, lo que dice la cláusula es que si llegada la finalización del plazo pactado (dos años) o su prórroga forzosa conforme a la normativa de arrendamientos urbanos aplicable a cada caso (en el presente cinco años), y no mediando denuncia por cualquiera de las partes, el contrato se prorrogará por otros dos años, y alcanzados cinco años, prórrogas anuales sucesivas conforme al art. 1.566 CC mientras el arrendador no comunique al arrendatario su voluntad de dar por finalizado el arrendamiento.

Es importante señalar que la mención a los requisitos del Decreto 100/1986 no es un supuesto en el que el arrendatario tiene derecho a la prórroga forzosa, sino un supuesto de resolución contractual. Es decir, si llegada la finalización del plazo pactado o su prórroga forzosa conforme a la normativa de arrendamientos urbanos aplicable a cada caso, el arrendatario incumpliese alguno de los requisitos señalados, el contrato quedaría resuelto de pleno derecho al haber desaparecido el supuesto de hecho que motivó el otorgamiento del contrato.

ii) En segundo lugar, porque aunque la interpretación dada en el párrafo anterior fuese errónea, el Decreto 100/1986, uno de cuyos preceptos se ha introducido en la regulación convencional, no puede determinar ni regular el régimen de la prórrogas de los contratos de arrendamiento, sino solo los requisitos para ser titular de una vivienda de protección oficial de promoción pública en régimen de arrendamiento.

iii) Finalmente, por la propia naturaleza del contrato de arrendamiento, que es un contrato esencialmente temporal (si no estaríamos ante otro contrato, no un arrendamiento). Por tanto, el hecho de que la finalización de un contrato no esté a priori determinada no implica que no sea determinable. Que la duración sea indefinida (no-definida) no implica que sea ilimitada, sino que precisa de determinados elementos para concretar su definición como son, en el caso que nos ocupa, la manifestación de la voluntad de extinción o el incumplimiento sobrevenido de los requisitos considerados inicialmente para la celebración del arrendamiento.

En el primer caso, la finalización del contrato se podrá producir si hubiese mediado denuncia de cualquiera de las partes una vez transcurrido el plazo inicial y sus eventuales prórrogas forzosas conforme a la normativa de arrendamientos urbanos aplicable, y en el segundo caso, sin haber mediado denuncia, de pleno derecho, por no proceder la prórroga (legal o convencionalmente prevista) al haber dejado el arrendatario de reunir los requisitos exigibles quedando inmerso

por lo tanto, en causa de resolución contractual.

iv) Abundando en lo anterior, el hecho de que la finalización de un contrato no esté a priori determinada no implica que no sea determinable, pero mucho menos, que la duración sea perpetua por la voluntad de una sola de las partes contratantes. El art 1.256 del CC impide que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan quedar al arbitrio de una de las partes contratantes.

Tal y como se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>453</sup>, el término indefinido resulta contrario a la naturaleza del contrato de arrendamiento urbano, en tanto la temporalidad es una de las características esenciales, por lo que, precisamente, la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida.

Máxime si ponderamos la cuestión con una reciente sentencia del Alto Tribunal<sup>454</sup> que establece que el contrato de arrendamiento de vivienda se pactó por tiempo indefinido, pero ello no equivale a la voluntad del arrendador de pactar prórroga forzosa. Así recoge la resolución que *como declaró la sentencia del Pleno del TS de 9 de septiembre de 2009, de la definición del contrato de arrendamiento que proporciona al artículo 1.543 del Código Civil se desprende que la determinación temporal es uno de sus elementos esenciales, por lo que, en definitiva, el término "indefinido" resulta contrario a la naturaleza del contrato de arrendamiento, caracterizado por su temporalidad; en definitiva, "indefinido" supone "no definido". Lógicamente a integrar por el art. 1.581 CC. El arrendamiento es un contrato temporal por esencia y no es lo mismo indefinido que perpetuo. Junto con esta doctrina esta Sala viene declarando que cuando en el recurso de casación se invoca un error en la interpretación del contrato, solo podrá ser estimado, cuando la hermenéutica se haya desarrollado con evidente falta de lógica. En suma, los indicios en los que se sustenta la Audiencia no son unívocos sino que admiten un interpretación en contra, por lo que no estaríamos ante un supuesto de prórroga forzosa pactada de forma clara y terminante y, debido a ello, la sentencia recurrida ha de ser casada al infringir la doctrina jurisprudencial de esta Sala plasmada, entre otras, en las sentencias de 9 de enero de 2013, recurso 2.063/2009 y 5 de diciembre de 2013, recurso 2.209/2011.*

También de arrendamiento de local, en esta otra sentencia<sup>455</sup>, el TS mantiene que no hubo pacto de prórroga forzosa, sino sucesivas tácitas reconducciones hasta el requerimiento de extinción, por lo que la relación arrendaticia ha terminado<sup>456</sup>.

---

<sup>453</sup> Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Febrero de 1992.

<sup>454</sup> STS 23 de octubre de 2014, Sala Primera de lo Civil, 2.586/2012.

<sup>455</sup> STS 5 de diciembre de 2013, Sala Primera de lo Civil, 2.209/2011.

<sup>456</sup> *La sentencia de 13 mayo 2011 lo dice claramente, como doctrina jurisprudencial que*

B) CONSIDERACIONES ADICIONALES Y SENTENCIA DE APELACIÓN

Los efectos posibles del Decreto 100, en la hipótesis de que el mismo fuese aplicable por ministerio de la Ley a los arrendamientos analizados, sería la determinación de los requisitos para ser titular de una vivienda en régimen de arrendamiento, pero en ningún caso impone ni el derecho a una prórroga forzosa del plazo pactado (para ninguna de las partes contratantes), ni el derecho a una vivienda determinada (además, con independencia de la calificación de la misma). Además de esto, y como ya se ha dicho, lo que contienen los contratos que mencionan el Decreto 100/1986, es una condición resolutoria para aquellos casos en los que desaparecen las circunstancias (los requisitos) que motivaron la adjudicación en arrendamiento de la vivienda, ya que de otro modo, se frustrarían las legítimas expectativas de personas para acceder a una vivienda en arrendamiento, calificada o no como de Promoción Pública, en beneficio de otras personas que en su momento accedieron a este tipo de viviendas y que se encuentran en circunstancias mucho más favorables amparándose en el uso (o abuso) de un clausulado mediante su interpretación interesada.

---

*ahora se reitera:* "la exclusión expresa al régimen de prórroga forzosa, solo resulta exigible en los contratos sometidos a la legislación arrendaticia de 1964. En cuanto a los celebrados bajo la vigencia del Real Decreto Ley 2/1985, se debe reiterar que tras su publicación, la duración de los arrendamientos de local de negocio sería la que libremente hubieran estipulado las partes. Desaparecía así el sistema de prórroga legal forzosa por el que los arrendamientos se prorrogaban por imperativo legal conforme a lo que disponía el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 . Pese a ello, en principio, nada impide, que, si las partes así lo acuerdan y, en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil , los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el citado artículo 57 . Pero, para ello, es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento".

*La tácita reconducción se presenta ante el contrato de arrendamiento de plazo indefinido o -como es el caso presente- que se termina el plazo pactado y continúa la relación arrendaticia. El arrendamiento es un contrato temporal por esencia y no es lo mismo indefinido que perpetuo. El artículo 1.566 del Código civil dispone: Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1.577 y 1.581, a menos que haya precedido requerimiento.*

*Artículo 1.581: Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, 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. Norma que se basa en la presunta voluntad de las partes y no es el mismo contrato que se prorroga, sino otro nuevo (se extinguen garantías: artículo 1.567) y el plazo no es el mismo, sino uno nuevo (fijado por el artículo 1.581).*

De todo lo anteriormente expuesto cabe concluir, a nuestro juicio, que el arrendamiento analizado no está sujeto a pacto alguno, expreso o implícito, que someta al mismo a prórroga forzosa.

La sentencia de instancia desestima la demanda de la EMVS al considerar la juzgadora a quo que la interpretación que realiza de las cláusulas contractuales para instar la resolución contractual, no es acorde con la finalidad de proporcionar una vivienda de carácter estable, ni se armoniza con la cláusula tercera del contrato de arrendamiento en liza, el cual se remite al Decreto 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión, en arrendamiento, de las viviendas de protección oficial de promoción pública de la Comunidad de Madrid, remisión hecha en cuanto a los requisitos para la prórroga del contrato, interpretando que mientras el inquilino no incumpla las condiciones de adjudicación es obligada dicha prórroga para el arrendador, debiendo prevalecer la interpretación más favorable para el arrendatario.

Dicha sentencia es revocada por la Audiencia Provincial<sup>457</sup>, considerando que en el presente caso la duración pactada es de dos años, prorrogables bianualmente<sup>458</sup> en el caso de que la arrendataria cumpla los requisitos legales. En este caso el contrato hubiese terminado el 23 de junio de 2005. Sin embargo y teniendo en cuenta la regulación fijada en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, se han cumplido ya los cinco años previstos en el art. 9, como duración mínima, incluso los tres más, a los que se refiere el art. 10 de dicha LAU, entendiendo el tribunal que se cumple el requerimiento previo, al que se refiere también la estipulación sexta del contrato, mediante el envío por la actora del burofax de 29 abril de 2013, del que se dejó aviso sin que conste la razón por la que la demandada no fue a recogerlo. Pero es que además la inspectora de la EMV se personó en la vivienda el 22 de julio de 2013, a la vista del documento nº 5, que recoge las manifestaciones de la inquilina de que no se van a ir de la vivienda.

---

<sup>457</sup> St. 26 de enero de 2015, Audiencia Provincial Madrid, Secc. Undécima, rec. 413/2014.

<sup>458</sup> Correctamente debiera decir bienalmente, esto es, cada dos años y no dos veces al año, que es lo que se expresa con la dicción bianualmente.

### 2. SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA OBJETIVA O FUNCIONAL: CIVIL O CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En pleitos sobre resolución de adjudicación de vivienda protegida y análogos a los tratados hasta ahora, la doctrina jurisprudencial<sup>459</sup>, declaró la falta de jurisdicción del orden Contencioso Administrativo para conocer del asunto, por corresponderle al orden Jurisdiccional Civil, al haberse planteado la acción exclusivamente contra una sociedad municipal de naturaleza mercantil y, subsidiariamente en los casos en los que se pedía su responsabilidad, contra su compañía aseguradora, sin que, a la vez, se hubiese demandado al Ayuntamiento de Madrid.

Tradicionalmente la doctrina española<sup>460</sup> utilizó de forma mayoritaria la rúbrica Administración institucional como contrapunto a la Administración de base territorial, considerando que la Administración territorial es aquella que persigue una serie de fines genéricos que se identifican con los intereses generales de la comunidad que se asienta en un determinado territorio, dirigiendo su actuación a todas las personas que mantienen algún vínculo con el territorio que delimita su ámbito territorial. Por el contrario, la Administración institucional comprende a un conjunto de entes sin base territorial de las que se sirven los entes públicos territoriales para cumplir concretas funciones públicas en régimen de descentralización funcional.

Con arreglo a esta clasificación, la Administración Institucional estaría integrada por entes de base fundacional (Administración Institucional en sentido estricto) y entes de base corporativa, y la conclusión a la que se llegaría es que el actual art. 45.1.A.a)<sup>461</sup> del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se refiere a todas las Administraciones Públicas y, concretamente, al referirse a la Administración Institucional comprendería no sólo la Administración Institucional propiamente dicha sino también, las empresas públicas constituidas para la gestión directa de servicios públicos a pesar de que tengan estatutos y su constitución se rija por normas de derecho privado como sociedad.

---

<sup>459</sup> Declarada en los autos de 19 de diciembre de 2013, 25 de septiembre de 2012, 20 de julio de 2012, 28 de junio de 2010, y 20 de diciembre de 2004, todos ellos de la Sala de Conflictos de Competencia de Tribunal Supremo.

<sup>460</sup> Vid. PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho administrativo*, OPEN Ediciones Universitarias, 2014, Pp. 250 a 251.

<sup>461</sup> La sentencia de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, de 15 de Julio de 1999, dictada en el recurso 776/1997, declaró que las Corporaciones de Derecho Público estaban incluidas dentro del concepto de Administración Institucional del art. 45.1.A) a) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, a los solos efectos de determinar la exención subjetiva en los supuestos de adquisición de inmuebles.

Sin embargo, no cabe desconocer que con base a lo que estableció el art. 35 del CC, que distinguió entre corporaciones (*universitas personarum*) e instituciones (*universitas bonorum*), otro sector de la doctrina estableció una clasificación tripartita, Administración territorial, institucional y corporativa, reservando el término Administración Pública Institucional exclusivamente a los entes públicos de base fundacional, lo que tuvo incidencia en la Ley de Entidades Estatales Autónomas del año 1958, cuyo art. 1 se refería a los organismos autónomos, a los servicios administrativos sin personalidad jurídica distinta de la del Estado y a las empresas nacionales. Los organismos autónomos se definían en el art. 2 como entidades de Derecho Público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independiente de los del Estado.

En la actualidad, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, tras declarar la extensión de su regulación al marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas, así como a la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella, define a estos últimos como "Entidades de Derecho Público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta (art. 1), clasificándolos en:

a) Organismos autónomos, que se rigen por el Derecho Administrativo y a quienes se les encomienda, en régimen de descentralización funcional, y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.

b) Entidades públicas empresariales, a las que se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, rigiéndose por el Derecho Privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los efectos específicamente regulados en la Ley, en sus Estatutos y en la legislación presupuestaria.

Conviene recordar en este sentido el art. 2.2 de la LRJPAC (Ley 30/1992) establece que "las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

La Empresa Municipal de la Vivienda tiene como fin social de acuerdo con el art. 2 de su Estatuto, el cumplimiento y la gestión de funciones públicas que son competencia del municipio, según el art. 1 del mismo cuya redacción literal es la siguiente: "con la denominación Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.", se constituye una sociedad mercantil municipal con la forma de



sociedad anónima. Su régimen legal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se acomodará íntegramente al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y a lo establecido en los presentes Estatutos”.

Hay que tener en cuenta la complejidad de la presente cuestión, que tradicionalmente ha provocado lo que se ha dado en llamar "peregrinaje jurisdiccional", con el que la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pareció acabar, pero que sigue latente en nuestro Ordenamiento Jurídico motivada por la multiplicidad de formas de gestión de los servicios públicos existentes en nuestro Derecho Administrativo.

Tanto es así, que el TSJ de Madrid<sup>462</sup> sentencia: “la Sala se ha replanteado ésta cuestión relativa a la Empresa Municipal de la Vivienda, discrepando de postulados sostenidos en anteriores sentencias<sup>463</sup>. Dicha conclusión es la siguiente: en el presente caso, el "acto" impugnado, carece de los requisitos necesarios para ser calificado como un acto administrativo porque no contiene una declaración de voluntad, sino que manifiesta una mera intención; y de hecho, su propia forma y contenido excluyen que pueda ser calificado como administrativo porque carece del requisito fundamental de la ejecutividad, ya que la Empresa Municipal de la Vivienda solo "manifiesta su intención de no prorrogar" para evitar la llamada "tácita reconducción" regulada en el art. 10 la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que los derechos del arrendatario quedan salvaguardados y podrá hacerlos valer ante la Jurisdicción Civil, única competente para dilucidar si se dan o no los presupuestos contractuales exigibles para dar por concluido el contrato y no continuar prorrogándolo tácitamente. Ello es acorde con lo dispuesto en la

---

<sup>462</sup> Cfr. St. número 194 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de fecha 11 de marzo de 2015, rec. 676/2014, que resuelve la apelación que impugna el auto dictado por el Juez de lo Contencioso-Administrativo Número 23 de Madrid, en el P.O. 497/2013, que declaró la incompetencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer del acto administrativo impugnado en la instancia consistente en "resolución dictada por el Director General de Gestión de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, que manifiesta su intención de no prorrogar el contrato de arrendamiento de la vivienda de Protección oficial sita en la calle Chisperos nº 39, 1ºB, a partir del día 2-Agosto-2013 en que concluye el contrato en vigor que fue suscrito en fecha 2-Agosto-1995".

<sup>463</sup> De las que son un ejemplo la número 156/2013, dictada por esta Sección, el 11 de diciembre de 2013, en el recurso de apelación 524/2012 (que resolvía un supuesto esencialmente distinto al que ahora resolvemos); así como la sentencia dictada en fecha uno de octubre de 2014 en el Recurso de Apelación número 410/2014 (que resolvía un supuesto idéntico al que nos ocupa), llegando a la conclusión que ya adelantamos en la sentencia dictada el 23 de diciembre de 2014 en el Recurso de Apelación nº 522/14.

Disposición Adicional Primera de la Ley de Arrendamientos Urbanos<sup>464</sup>. Asimismo, hay que tener presente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo número 3/2011, de 14 de noviembre, en su art. 20<sup>465</sup> relativo a contratos privados y 21<sup>466</sup>, sobre jurisdicción competente.

---

<sup>464</sup> Cuyo apartado 8 literalmente establece que: "8. El arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública se regirá por las normas particulares de éstas respecto del plazo de duración del contrato, las variaciones de la renta, los límites de repercusión de cantidades por reparación de daños y mejoras, y lo previsto respecto del derecho de cesión y subrogación en el arrendamiento, y en lo no regulado por ellas por las de la presente Ley, que se aplicará íntegramente cuando el arrendamiento deje de estar sometido a dichas disposiciones particulares. La excepción no alcanzará a las cuestiones de competencia y procedimiento en las que se estará por entero a lo dispuesto en la presente Ley."

<sup>465</sup> Establece que: 1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas. Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.

<sup>466</sup> 1. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el arto 17 así como de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones Públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores. También conocerá de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos previstos en el arto 41 de esta Ley.

2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

3. El conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten por aplicación de los preceptos contenidos en la sección 4ª del Capítulo II del Título II del Libro IV de esta Ley será competencia del

En fin, podemos decir que el Derecho Administrativo y por tanto la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son competentes en materia de Viviendas de Protección Oficial en cuanto a la normativa básica estatal y autonómica que contiene una regulación armonizada de los requisitos para la construcción y adjudicación de las mismas; pero una vez suscrito el contrato de arrendamiento, éste es netamente privado como no podía ser de otra forma por haberse suscrito entre un particular y una sociedad mercantil con forma de Sociedad Anónima como es la EMVS, que no es Administración Pública ni ejerce potestades administrativas y que como tal no puede dictar actos administrativos, ni puede confundirse con "las Entidades Públicas empresariales" descritas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

La Jurisdicción competente en el presente supuesto, es pues la Civil, por lo que procede la desestimación del presente recurso y confirmación del auto de instancia”.

Mas para abrir el debate jurídico, en los casos en los que para la resolución de un arrendamiento de VPO resulte decisiva la aplicación normativa del tan repetido Decreto 100/1986, se puede plantear, con rigor jurídico, una posible infracción de las normas sobre jurisdicción, arts. 2 y 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa<sup>467</sup>, arts. 36, 37; 38 de la Ley 1/2000, de 7 de enero<sup>468</sup>, de enjuiciamiento civil; arts. 9.6, arts.22, 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>469</sup>.

La posible infracción que se plantea, deriva del acogimiento que hace la sentencia<sup>470</sup> “por entero” de las alegaciones del recurso de apelación formulado por la demandada apelante, y en especial la posibilidad de que el presupuesto estimado indirectamente en la sentencia lo constituya un arrendamiento sometido

---

orden jurisdiccional civil, salvo para las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en dichos preceptos, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

<sup>467</sup> última redacción con las modificaciones de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, BOE 10 diciembre.

<sup>468</sup> Afectada por la significativa reforma para nuestro estudio, operada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, BOE 5 junio. Siendo su última redacción, en vigor desde el 1 de enero de 2015, la dada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 abril y la Ley 1/2000 de 7 enero, de enjuiciamiento civil.

<sup>469</sup> Siendo su última redacción la dada por Ley Orgánica 6/2014 de 29 octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 julio, del Poder Judicial.

<sup>470</sup> Cfr. St. n.º 228 de fecha 25 de Junio de 2014 dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid.

por ministerio de la Ley al Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid, por lo que la jurisdicción para conocer del fondo del asunto podría corresponder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no a la Civil. Se trata de una cuestión de orden público procesal, debiendo ser apreciada la misma de oficio, por lo que cabe entender que debe ser examinada y resuelta esta cuestión por el mismo Tribunal que esté conociendo del asunto, toda vez que en diversos Juzgados de lo Contencioso Administrativo<sup>471</sup> de Madrid se está apreciando su competencia jurisdiccional para resolver supuestos idénticos al de la presente *litis*.

No obstante lo expuesto, entiendo que la competencia para conocer el fondo de dicho asunto corresponde al orden jurisdiccional civil, por las siguientes razones:

La decisión adoptada por la EMVS de dar por finalizado un contrato de arrendamiento conforme a la duración pactada en el mismo no constituye acto administrativo alguno, ya que dicha decisión se incardina en el marco ordinario de toda relación arrendaticia preestablecida. A nuestro juicio, resulta irrelevante el que la vivienda arrendada se trate o no de una vivienda de protección oficial de promoción pública o de una vivienda de protección pública, al tratarse el arrendamiento de vivienda de una materia de naturaleza civil, sin perjuicio de las especialidades que puedan derivarse en los supuestos que, en su caso, deriven de la condición expresa de vivienda de protección oficial o de protección pública.

Incluso en relación a la Administración, el Tribunal Supremo<sup>472</sup>, considera que "...la capacidad contractual de la Administración cuando se manifiesta en el campo del derecho privado tiene las connotaciones propias de su actividad como ente público, lo que es natural, y lleva al contrato a un régimen híbrido que, anticipando la teoría de los actos separables, distinguía...el art. 4º de la Ley de Contratos del Estado...señalando que los contratos de contenido patrimonial que no tengan carácter administrativo...se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas administrativas especiales...pero en cuanto a sus efectos y extinción se regirán por las normas del derecho privado que le sean aplicables en cada caso...", concluyendo que "los actos integrantes del proceso contractual encaminado al derecho privado han de ser separados para, en caso de contienda procesal, pasar a ser decididos por la jurisdicción contencioso-administrativa los previos y por la jurisdicción ordinaria el definitivo que da lugar al contrato privado y efectos de éste".

Además de lo expuesto, ha de tenerse en cuenta lo prevenido en el art.4 de la Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto

---

<sup>471</sup> A título de ejemplo de las resoluciones dictadas en el sentido expresado, sirva el Auto de fecha 26 de mayo de 2014, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario 458/2013, a pesar que Informe del Ministerio Fiscal en el mismo procedimiento, indicaba que el objeto del recurso no está dentro de la competencia atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

<sup>472</sup> Cfr. SSTS 28 de Mayo de 2008 y 9 de Marzo de 2000.

refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que excluye de dicha Ley, entre otros, a los contratos de arrendamiento, que tendrán siempre el carácter de contratos privados, así como también el art.19 de dicha Ley al no contemplar dichos contratos como contratos administrativos, y el art. 20, que determina los contratos privados (los celebrados por entidades que perteneciendo al Sector Público, no son Administración Pública), estableciéndose en su apartado 2 que dichos contratos se regirán por el derecho privado en cuanto a sus efectos y extinción. El art.21.1 de la misma Ley establece los supuestos que son competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el apartado 2 de dicho precepto se establece que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento, y extinción de los contratos privados, y además también será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada, supuesto éste último que no concurriría en el presente caso. En contra a lo “acogido” en la sentencia que se recurre, ni la vivienda interesada es de promoción pública sujeta al Decreto 100/1986 (para ello debería haber obtenido la correspondiente calificación por el organismo competente, la Comunidad de Madrid), ni la remisión efectuada en el contrato de arrendamiento a determinado precepto del mencionado Decreto 100/1986 en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, ha de determinar que el mencionado contrato se encuentre sometido al régimen de la regulación armonizada establecida en la vigente Ley de Contratos del Sector Público, por lo que incluso resultaría competente el orden jurisdiccional Civil para conocer las controversias relativas a la preparación y adjudicación de un contrato de arrendamiento como el que es objeto de la presente Litis, y por ende, lo relativo a su cumplimiento y efectos.

A mayor abundamiento, y aunque se entendiese que la vivienda arrendada se tratare de una vivienda de protección oficial de promoción pública, la Disposición Adicional Primera, apartado 8 de la LAU, establece que:

8. “El arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública se regirá por las normas particulares de éstas respecto del plazo de duración del contrato, las variaciones de la renta, los límites de repercusión de cantidades por reparación de daños y mejoras, y lo previsto respecto del derecho de cesión y subrogación en el arrendamiento, y en lo no regulado por ellas por las de la presente ley, que se aplicará íntegramente cuando el arrendamiento deje de estar sometido a dichas disposiciones particulares.

La excepción no alcanzará a las cuestiones de competencia y procedimiento en las que se estará por entero a lo dispuesto en la presente ley”.

Unido a la anteriormente invocado, debería tenerse en cuenta<sup>473</sup> que en el preámbulo del mencionado citado Decreto 100/1986 se declara el establecimiento mediante el Decreto de una serie de derechos y obligaciones dentro de las líneas básicas de la legislación arrendaticia general:

“Dentro del marco del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, por el que se dictaron normas sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento de viviendas de Protección Oficial, la presente disposición establece, para el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, un conjunto de normas particulares que, en parte, derogan y sustituyen al Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolló el Decreto-ley antes citado, estableciéndose ahora las condiciones básicas bajo las cuales los entes públicos titulares de viviendas de Promoción Pública cederán dichas viviendas en arrendamiento; regulando *ex novo* las subvenciones que dichos entes podrán disponer para facilitar a los arrendatarios el pago de las rentas y estableciendo, en suma, un marco claro de derechos y obligaciones en materia de conservación de las viviendas, dentro de las líneas básicas de la legislación arrendaticia general, que se completa, en determinadas circunstancias tasadas, con la facultad de los inquilinos de acceder a la propiedad de las viviendas mismas”.

Por otra parte como se ha repetido, la EMVS es una sociedad mercantil municipal, y la titularidad del cien por ciento de sus acciones corresponde al Excmo. Ayuntamiento de Madrid, pero dicha empresa no es Administración Pública.

Su régimen jurídico es el contemplado en el art. 85 ter de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, que establece que el régimen de las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación...

Por otra parte, el mencionado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece en su artículo 3 el ámbito subjetivo de aplicación de la meritada Ley<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> Cuestión que es obviada en la sentencia recurrida con infracción del principio *iura novit curia*.

<sup>474</sup> Artículo 3. Ámbito subjetivo.

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

Por lo tanto, esta sociedad municipal forma parte del Sector Público y le es aplicable la ley señalada en los términos establecidos en ésta.

Como ya he referido, en el artículo 4<sup>475</sup> de la ley de constante mención se recogen aquellos negocios y contratos excluidos de la misma.

Así como, en el artículo 20<sup>476</sup> se incluyen los contratos que para la Ley tienen consideración de privados.

Por otra parte, conforme a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>477</sup>, las sociedades mercantiles municipales

---

- Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al cincuenta por ciento.

<sup>475</sup> Artículo 4. Negocios y contratos excluidos.

1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

(...) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.

<sup>476</sup> Artículo 20. Contratos privados.

1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas....

2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.

<sup>477</sup> La última modificación que afectó a la redacción de la misma, fue por la Ley 8/2014 de 22 abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española.

integradas en el Sector Público quedarían excluidas del ámbito de aplicación de Ley.

Por lo tanto debe reiterarse que la naturaleza del contrato de arrendamiento de vivienda cuya extinción se accionaba es de carácter privado.

Por otra parte, la vivienda objeto del contrato de arrendamiento y a cuya extinción se opone la demandada apelante, no es de protección oficial, sino que se trata de una vivienda integrada en un edificio sometido en su día a rehabilitación pública, y sometida por tanto a las limitaciones derivadas de dicha actuación que tiene por objeto la financiación y ayudas para la rehabilitación de edificios, estén o no calificados como de protección oficial o de protección pública.

El concepto y características de VPO se contempla en el art. 1 del Real Decreto 3148/78, de 10 de Noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978 de 31 de Octubre, sobre Política de Vivienda<sup>478</sup>.

Por su parte, la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid, declara en su preámbulo la competencia plena de la Comunidad de Madrid en materia de vivienda conforme a su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero. Continúa declarando dicho Preámbulo, entre otros aspectos que la justifican, que “la exigencia social y jurídica de hacer efectivo el principio social que establece el artículo 47 de la Constitución que reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, la conveniencia de satisfacer necesidades no cubiertas por las viviendas de protección oficial, pese a su indudable relevancia, y la posibilidad de que la Comunidad de Madrid destine recursos propios a estos fines ha conducido a la creación de un régimen de vivienda distinto de los que existen en la actualidad, la vivienda con protección pública”.

En su artículo 2, el Decreto citado define la vivienda con protección pública de la CAM<sup>479</sup>.

---

<sup>478</sup> “Se entenderá por vivienda de protección oficial la que, destinada a domicilio habitual y permanente, tenga una superficie útil máxima de noventa metros cuadrados, cumpla los requisitos establecidos en el presente Real Decreto y en las disposiciones que lo desarrollen, y sea calificada como tal por el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, o por otros Entes públicos territoriales a los que se atribuya esta competencia.

Siempre que en el presente texto y disposiciones que lo desarrollen se haga uso de la expresión vivienda de protección oficial se referirá a las viviendas que se inicien al amparo de esta disposición o que se acojan a la misma”

<sup>479</sup> Establece que “Se entiende por Vivienda con Protección Pública la que, con una superficie construida máxima de 150 metros cuadrados, cumpla las condiciones de destino, uso, precio y calidad establecidas reglamentariamente y sea calificada como tal por la Comunidad de Madrid”.



Conforme a lo anteriormente expuesto, la vivienda arrendada por la demandada del pleito estudiado, no se trata de una vivienda de Protección Pública, al no haber sido calificada como tal por el órgano competente autonómico.

La remisión en el contrato de arrendamiento al art.1 del Decreto 100/1986 de 22 de Octubre, que tiene la finalidad de establecer la especialidad en cuanto a los requisitos especiales que deben cumplirse para el caso de que se acceda por el arrendador a la solicitud de prórroga del contrato de arrendamiento a la finalización del plazo pactado, exigiéndose unos ingresos inferiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional, y no ser propietario o titular de otro derecho de uso y disfrute sobre otra vivienda en la Comunidad de Madrid, tal remisión digo, no desnaturaliza el carácter civil y privado del contrato de arrendamiento y resulta acorde además con el art.4 y 9 de la LAU, que proclaman el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes y el libre establecimiento de pactos para el establecimiento de la duración del contrato, con las únicas limitaciones previstas en la propia Ley, limitaciones estas últimas a las que se refieren las Estipulaciones sexta y séptima del contrato de arrendamiento<sup>480</sup>.

---

<sup>480</sup> Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

- Artículo 4. Régimen aplicable:

1. Los arrendamientos regulados en la presente Ley se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los títulos I y IV de la misma y a lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo.

2. Respetando lo establecido en el apartado anterior, los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil (...)

TITULO II (...)

- Artículo 9 Plazo mínimo

1. La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años (5 años en la redacción anterior de la Ley), salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si ésta fuere posterior. Corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición.

2. Se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que no se haya estipulado plazo de duración o éste sea indeterminado, sin perjuicio del derecho de prórroga anual para el arrendatario, en los términos resultantes del apartado anterior.

Respecto a la controvertida “acogida” y aplicación, en la sentencia de la Audiencia Provincial en revisión, del Decreto 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid, hay que señalar, además, lo siguiente:

El mencionado Decreto establece, para el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, un conjunto de normas particulares que en parte derogan y sustituyen al Decreto 3.148/1978, de 10 de Noviembre, que desarrolla el Decreto Ley 68/1978, de 31 de Octubre, y establece las condiciones básicas bajo las que los entes titulares de viviendas de promoción pública cederán dichas viviendas en arrendamiento, dentro de las líneas básicas de la legislación arrendaticia general<sup>481</sup>. El art. 3 del Decreto citado establece que la duración de los contratos de arrendamiento de las viviendas de promoción pública será de dos años, y se prorrogará por periodos “bianuales” sucesivos, en el caso de que los arrendatarios continúen reuniendo el requisito exigido en el art.1 del Decreto<sup>482</sup> y no sean titulares o posean otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier título, dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid, estableciendo, en su apartado dos, para las subrogaciones, los mismos requisitos, y en el número 3 la facultad de elevar la renta si se accede a la prórroga del contrato sin reunirse los requisitos específicos citados.

El Decreto 100/1986 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 31 de Octubre de 1986, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, y ha sido objeto de modificaciones por el Decreto 44/1990, de 17 de mayo, del Consejo de Gobierno y el Decreto 226/1998, de 30 de diciembre, por el que se regula la reducción del precio de la renta de las viviendas administradas por el Instituto de la Vivienda de Madrid, derogando éste último además el art. 4 del Decreto 100/1986.

Por otra parte el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid, exponía en su preámbulo<sup>483</sup> la pretensión normativa de fijar de forma clara y

---

<sup>481</sup> Vid. Preámbulo del Decreto 100/1986, de 22 de octubre.

<sup>482</sup> Ingresos inferiores a 2,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional.

<sup>483</sup> “La Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, creó la figura de la Vivienda con Protección Pública (...). Hasta la fecha, en los sucesivos Decretos que establecían el sistema de financiación cualificada a la Vivienda con Protección Pública para cada Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid, los Decretos 43/1997, de 13 de marzo, y 228/1998, de 20 de diciembre, para el Plan 1997-2000, y el Decreto 11/2001, Decreto 11/2005, de 27 de enero, para el Plan 2001-2004, se han establecido tales condiciones de destino, uso, precio y calidad, es decir, se ha regulado el régimen jurídico de la Vivienda con Protección Pública. Ello tenía su sentido mientras la Vivienda con Protección Pública, por ser una figura de nueva creación, debía abrirse camino dentro del subsector de la vivienda protegida hasta lograr independizarse de la tradicional Vivienda de Protección Oficial. Sin embargo, ello tenía el inconveniente de que su régimen jurídico no poseía una vocación de permanencia, al vincularse a una normativa de financiación para un período temporal concreto. Finalizado el período cuatrienal de vigencia de

sistemática el régimen jurídico de toda la vivienda protegida de nueva construcción.

Tal unificación del régimen aplicable se establece en la Disposición Transitoria Primera<sup>484</sup> que contiene el mencionado Decreto, y como consecuencia de sus Disposiciones Derogatoria<sup>485</sup> y Final<sup>486</sup>.

---

cada Plan, el nuevo Decreto que establecía el sistema de financiación cualificada a la Vivienda con Protección Pública para el siguiente, debía reproducir el régimen jurídico de dicha tipología de vivienda.

Actualmente, la Vivienda con Protección Pública es una figura plenamente consolidada dentro del sector de la vivienda de nueva construcción que se promueve dentro de la Comunidad de Madrid. A nivel local, a través de los diversos instrumentos de planeamiento que han venido incorporando dicha figura al calificar urbanísticamente, bajo esa denominación, el suelo residencial y, a nivel estatal, al ser reconocida implícitamente en el Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, Regulador del Plan de Vivienda y Suelo 2002-2005, al establecerse que la financiación cualificada estatal se otorgará a la promoción y adquisición de viviendas de nueva construcción sujetas a regímenes de protección pública; no por tanto, exclusivamente a la Vivienda de Protección Oficial. Mediante el presente Decreto viene a regularse el régimen jurídico de la Vivienda con Protección Pública, que queda así desvinculado del sistema de financiación cualificada de la misma que pueda establecerse en el marco de cada Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid o en cada Plan estatal de Vivienda y Suelo, que podrá variar, incluso significativamente, en los años venideros, sin afectar a dicho régimen jurídico.

Pero la presente norma quiere ir más allá y, en un indudable esfuerzo de simplificación, pretende fijar de forma clara y sistemática el régimen jurídico de toda la vivienda protegida de nueva construcción. Al margen de la vivienda de protección oficial de promoción pública regulada en el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, y cuya promoción corresponde en exclusiva a la Administración, en nuestro ámbito territorial, actualmente, solo existen dos categorías de vivienda protegida: la Vivienda con Protección Pública de la Comunidad de Madrid creada por la citada Ley 6/1997, de 8 de enero, y la Vivienda de Protección Oficial de promoción privada de Régimen especial, cuya pervivencia ha sido destacada por la Administración General del Estado a través del propio Real Decreto 1/2002, de 11 de enero. Por ello este Decreto, aun cuando regula el régimen jurídico de la Vivienda con Protección Pública, en un intento claramente unificador e integrador, extiende su aplicación a la Vivienda de Protección Oficial que puede promoverse en la Comunidad, de forma que, a todos los efectos, el régimen aplicable a toda la vivienda protegida con carácter general sea el mismo”.

<sup>484</sup> Disposición Transitoria Primera. Regímenes anteriores:

“Las Viviendas con Protección Pública, calificadas definitivamente al amparo del Decreto 43/1997, de 13 de marzo; Decreto 228/1998, de 30 de diciembre, y Decreto 11/2001, de 25 de enero, y las Viviendas de Protección Oficial calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que éste les sea de aplicación y, al amparo del correspondiente Real Decreto regulador de la financiación cualificada estatal en materia de vivienda y suelo, quedarán sometidas al régimen de protección pública establecido en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por este Decreto; sin otras excepciones que el plazo de duración de dichos regímenes, así como el porcentaje a aplicar para la determinación de las rentas máximas iniciales anuales de las viviendas destinadas a arrendamiento, que serán los establecidos en las respectivas calificaciones de acuerdo con lo dispuesto en la normativa indicada. Todo ello a salvo de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera”.

Por lo expuesto, a juicio de esta parte, el Decreto 100/1986 resulta inaplicable al presente caso conforme a la Disposición Transitoria transcrita; y por otra parte, el repetido Decreto 100/1986 habría quedado derogado conforme a la Derogación genérica establecido en la Disposición Derogatoria del Decreto 11/2005, por cuanto el Decreto 100/1986 sería contrario, de mantenerse su vigencia y aplicación, al régimen unificador establecido en el Decreto 11/2005, habida cuenta que el mencionado Decreto 100/1986 establece un régimen totalmente distinto al de aquél, y su aplicación, la del Decreto 100/1986, únicamente recaería sobre una única o singular tipología de vivienda protegida, la vivienda en arrendamiento de protección oficial de promoción pública, singularidad que resulta proscrita en el Decreto 11/2005, que establece y propugna un régimen aplicable único a todas las viviendas con protección pública.

Por otra parte, aunque el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid actualmente vigente es el aprobado mediante Decreto 74/2009, de 30 de julio<sup>487</sup>, modificado por el Decreto 59/2013, de 18 de julio de 2013<sup>488</sup>, la Disposición Transitoria Primera del indicado Decreto 74/2009 establece, para los regímenes anteriores que:

“A las Viviendas con Protección Pública, calificadas definitivamente al amparo del Decreto 43/1997, de 13 de marzo; Decreto 228/1998, de 30 de diciembre, y Decreto 11/2001, de 25 de enero, o a las Viviendas de Protección Oficial,

---

<sup>485</sup> Derogación normativa

“A la entrada en vigor del presente Decreto quedarán derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el mismo. En particular quedarán derogados los siguientes preceptos:

a) Del Decreto 11/2001, de 25 de enero, por el que se regula la financiación cualificada a actuaciones protegidas en materia de vivienda y su régimen jurídico para el período 2001-2004, los artículos 6 a 18, el artículo 23, el artículo 24, a excepción de su apartado 1, los artículos 26 a 28 y las Disposiciones adicionales primera a cuarta.

b) De la Orden de 13 de marzo de 2001, de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, reguladora de las bases para la concesión de la financiación cualificada a la vivienda con protección pública y a la rehabilitación con protección pública, prevista en el Decreto 11/2001, de 25 de enero, los apartados 1 y 5 del artículo 9, los artículos 12 a 14, y las Disposiciones adicionales primera y segunda”.

<sup>486</sup> Disposiciones Finales

• “Primera. Normativa supletoria aplicable: En lo no previsto en el Reglamento aprobado por el presente Decreto regirá como supletoria la normativa estatal vigente en materia de vivienda de protección oficial”.

<sup>487</sup> Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, número 188, de 10 de Agosto de 2009.

<sup>488</sup> Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, número 172, de 22 de julio de 2013.

calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que este sea de aplicación y, al amparo del correspondiente Real Decreto regulador de la financiación cualificada estatal en materia de vivienda y suelo, les será de aplicación lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid”.

En conclusión y conforme a lo anteriormente expuesto, el régimen jurídico de las viviendas en su día calificadas como de protección oficial de promoción pública al amparo del Decreto 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid, es el contemplado en la legislación indicada: Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid, y el Decreto 11/2005, de 27 de enero, de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, salvo las excepciones previstas en la Disposición Transitoria de éste último Decreto.

En el caso concreto del pleito en estudio, la incidencia o aplicabilidad del Decreto 100/86 comentado, resulta por tanto improcedente. La única realidad que resulta notoria es la de que el contrato de arrendamiento contiene la remisión a un concreto precepto del mencionado Decreto, con el fin de establecer y concretar los requisitos exigibles para obtener la autorización de prórroga si ésta, además de proceder de conformidad con las leyes, es decir, las leyes en materia arrendaticia, concretamente de conformidad con la LAU, procede también por no concurrir causa de resolución del contrato por incumplimiento del requisito de ingresos al que se refiere el art.1 del Decreto 100/1986, o del requisito de no disponer de otra vivienda.

Por otra parte, entiendo que, una vez derogados los artículos 38 a 40 de la LAU, que establecían las normas de competencia y procedimiento, por el número 2.6º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>489</sup>, las normas reguladoras de la competencia y procedimiento en materia de arrendamientos urbanos son las contenidas en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además, aún cuando la vivienda arrendada del pleito de referencia fuese considerara como vivienda de protección oficial de promoción pública, la Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1994, apartado 8<sup>490</sup>, establece que se

---

<sup>489</sup> BOE 8 enero.

<sup>490</sup> 8. “El arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública se registrá por las normas particulares de éstas respecto del plazo de duración del contrato, las variaciones de la renta, los límites de repercusión de cantidades por reparación de daños y mejoras, y lo previsto respecto del derecho de cesión y subrogación en el arrendamiento, y en lo no regulado por ellas por las de la presente ley, que se aplicará íntegramente cuando el arrendamiento deje de estar sometido a dichas disposiciones particulares.

regirá por las normas particulares de éstas en concretos aspectos y en lo allí no regulado por la LAU.

A mayor abundamiento, la acción ejercitada en el mencionado asunto es la acción de extinción del contrato de arrendamiento por expiración del término del mismo conforme a la duración pactada, al art. 10 de la LAU, y artículos 1.569. 1 y 1.581 del CC, por lo que correspondería su conocimiento, conforme a lo antes expuesto, al orden Jurisdiccional Civil.

Finalmente, la propia Audiencia Provincial<sup>491</sup> con apoyo en la Disposición Adicional Primera del tan repetido Decreto establece su ámbito de aplicación limitándolo a los “poblados” en la norma reseñados, pero personalmente entiendo que esta acotación normativa sólo es válida cuando se trate de viviendas que formen parte del patrimonio del IVIMA<sup>492</sup>.

---

La excepción no alcanzará a las cuestiones de competencia y procedimiento en las que se estará por entero a lo dispuesto en la presente ley”.

<sup>491</sup> Cfr. St. 17 de junio de 2009, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Vigésima, rec. 119/2009, en su Fundamento de Derecho Tercero, 2º párrafo, establece: “En todo caso, aunque entendiéramos aplicable el Decreto 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid, se ha de tener en cuenta lo establecido en la disposición adicional primera del mismo, al disponer “El presente Decreto, con las particularidades que se señalan en las disposiciones siguientes, será de aplicación a la cesión de las viviendas que se adjudiquen a los titulares de los siguientes grupos de viviendas, transferidas al Patrimonio del Instituto de la Vivienda de Madrid y afectadas por operaciones de renovación o rehabilitación. a) Poblado de absorción de Canillas. b) Poblado de absorción de Caño Roto. c) Poblado de absorción de Comillas. d) Poblado de absorción de Fuencarral A. e) Poblado de absorción de Fuencarral B. f) Poblado de absorción de General Ricardos. g) Poblado de absorción de Villaverde Cruce. h) Poblado de absorción de Viña de Entrevías. i) Cualesquier otros grupos a los que total o parcialmente, previo acuerdo del Consejo de Administración del Instituto de la Vivienda de Madrid, se declare de aplicación”.

<sup>492</sup> Habida cuenta que continúa la mencionada St. de 17 de junio de 2009: “Y no consta que por el Instituto Municipal de la Vivienda de Madrid haya acordado la aplicación del Decreto a la vivienda objeto del presente recurso, o que la misma se encuentre en alguno de los Poblados a los que se refiere la citada disposición adicional, máxime cuando la estipulación décima del contrato de arrendamiento (folio 22 de las actuaciones) solo se remite a las normas de viviendas con Protección Oficial y la LAU de 24 de noviembre de 1994 “.



## CAPÍTULO SEXTO: EL ARRENDATARIO DE VIVIENDA PROTEGIDA

### I. LA ADJUDICACIÓN

Sirvan como introducción, por la gran concomitancia con la temática del presente trabajo, las interesantes reflexiones que ya en el año 1958 GALLARDO RUEDA<sup>493</sup> escribía de la adjudicación de viviendas protegidas por la Organización sindical, expresando que la urgencia caracterizadora de las resoluciones que se dictan en situaciones de necesidad y la provisional aceptación que merecen por parte de todos nosotros, puede excluir su sereno y obligado análisis posterior. Tal ocurre con los acuerdos de adjudicación de viviendas y locales comerciales que se llevan a cabo a través de los órganos administrativos competentes.

Prescindiendo del cómo de la selección de los adjudicatarios, llégase a la decisión administrativa de ceder la posesión y posteriormente el otorgamiento de un título probatorio. Hasta aquí la situación parece perfecta a las partes. La urgencia de cumplir el deber social que se ha impuesto, impele a una de ellas a sentirse razonablemente satisfecha; el remedio de una penosa situación de carencia de hogar, induce a la otra a sobrevalorar el *factum* sin profundizar demasiado en el *ius* de la solución avenida. Sólo el tiempo y su corolario el reposo, fuerzan a ambas a recapitular sobre las posiciones creadas.

Advierte la Administración que con la entrega sólo ha dado cima a la primera de una extensa serie de etapas incluidas en su esfera normal de atención; adviene a la otra la inquietud acerca de la "firmeza" de la adjudicación, la de su propia permanencia y la de sus deudos en la vivienda poseída.

Para la primera, conciencia de la total dimensión de su deber social. Para la segunda, angustia, investigación elemental de textos y de opiniones, aferramientos a posiciones que se intuyen poco firmes y anhelos de legitimación definitiva. Dos vertientes de un evento normal en la vida jurídica con soluciones conocidas y sólo necesitadas de la oportuna adecuación casi matización al *factum* peculiar que las originan.

A intentarlo -decía el autor- se orienta el presente trabajo.

Entre las circunstancias de posible influencia en el cuadro que va a trazarse, figura como primera en un orden sistemático la personalidad del interviniente en la persona y en el acto de adjudicación. Por su mayor simplicidad eludimos de inmediato al adjudicatario cuya caracterización logra apenas diferir del civil común. El hecho de ostentar la condición de productor o de pertenecer a alguna de las categorías sociales cuya protección está preferentemente encomendada al

---

<sup>493</sup> GALLARDO RUEDA, A. "Adjudicación de viviendas protegidas" en Anuario de Derecho civil, N° 412, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1958, Pp. 3 a 8.



Organismo sindical, no es suficiente para suscitar problemas legales de capacidad con trascendencia para la calificación de los negocios jurídicos. Sin embargo, cabe otorgarle relevancia en un doble sentido: *a)* legitimidad de la discriminación que implica forzar el principio de igualdad ante la Ley, y *b)* consecuencia de su inconcurrencia en el Estatuto legal que por adjudicación se crea.

Reconozcamos que el primero de esos aspectos es de apariencia más impresionante que contenido real. La acentuación por el Estado de sus funciones asistenciales en favor de un determinado estamento, el más urgentemente necesitado, no implica quebrantar aquel principio ni su reflejo positivo. Al contrario, supone su cumplimiento en el plano de la realidad económica para que no pueda continuar siendo justamente acusado de utopía sin contenido práctico: elevar el nivel-de vida de los trabajadores hasta ponerlos a la altura de los demás ciudadanos, es realizar la igualdad legal a que aspiran nuestras Leyes, fundamentales y las de todo el mundo civilizado. Nada añade al hecho la circunstancia de que en la fase de ejecución aparezca el instrumentó especialmente idóneo para llevarlo a cabo.

La segunda de aquellas cuestiones, sí que tiene trascendencia ulterior para la realización jurídica que por adjudicación se instituye. La forma de concurrencia inicial de la condición laboral en el adjudicatario determina la inexistencia del acto de atribución de la vivienda o del local de negocio, por error en las circunstancias, esenciales de la persona del poseedor; *inconcurrencia advenida* durante la posesión misma (cesión y subarriendo total) debe determinar la resolución del vínculo. No debe estar, por el contrario, en la sucesión *mortis causa* amparada en las condiciones y en favor de la persona o personas determinadas en la Ley.

Porque notas relevantes de esta situación posesoria, derivada de la adjudicación, son las de que la novación hereditaria se produce siempre por ministerio legal, y nunca o sólo en modo muy limitado, por un acto voluntario del causante primer poseedor. Sucede aquél a quien la Ley llama por virtud de un mecanismo automático, por declaración administrativa subsiguiente de carácter general o por un reconocimiento subjetivado; sólo en estas condiciones funciona la *accessio possessionis* y la aptitud para prescribir. No cabe la convalidación de las situaciones contra *legem*, ni, en la organización positiva actual, el amparo de los Tribunales.

El objeto de las relaciones y su especial Estatuto legal, la caracteriza también de modo notable. Las viviendas y los locales de negocio son evidentemente bienes patrimoniales de una Corporación pública, en tanto no se consolide el dominio en el adjudicatario. No se suscitaría problema si la Entidad fuera el Estado u otra Corporación territorial o autónoma; por lo que interesa al presente trabajo hay que partir de que la Organización sindical es una persona jurídica de Derecho público de tipo institucional, que llenando las condiciones establecidas en los artículos 35-1.º y 37 del Código Civil, tiene capacidad para poseer un patrimonio propio y para ejercer, respecto del mismo, actos de disposición indudablemente válidos en cuanto se ajusten a la normación legal que le es peculiar. Queda, con ello, excluida la aplicabilidad a ese patrimonio y a esas facultades dispositivas de la totalidad del Derecho administrativo que rigen en las Organizaciones territoriales públicas.

El modo cómo la adjudicación se produce es el que suscita mayor problema. No cabe duda de que la asignación del alojamiento se produce dentro de un

procedimiento formalmente administrativo, aun cuando desemboque en una posesión civil. De aquí que parte de la doctrina se incline y califique la actuación pública de pre-contractual, para admitir enseguida que de la asignación nacen, a favor del adjudicatario, derechos subjetivos perfectos, inmediatamente la de goce y uso de la vivienda y mediatamente la adquisición de sus dominios. La jurisprudencia italiana admite la existencia de un acto administrativo de concesión como supuesto y un contrato privatístico de arrendamiento con opción de compra. Sin embargo, también se ha sostenido una concepción más, radicalmente privatística, afirmándose la existencia de una única relación relevante, la del arrendamiento con expectativa de compra, confirmándose el acto de adjudicación como un simple proceso interno de la administración sin relevancia para la relación que se crea.

Los opositores de esta tesis hacen resaltar que el canon satisfecho por el adjudicatario no tiene la naturaleza de una merced arrendaticia, sino la de una contribución especial en uso de un servicio público. Destacan, para afirmar su postura, la prohibición que el acto público de concesión conserva para la situación posesoria original, y que se revela en las siguientes notas: *a)* La facultad de acordar su decadencia por la Administración, en ciertas condiciones; *b)* La posibilidad de que ésta ejecute por sí misma ese pronunciamiento de caducidad o revocación, *c)* La existencia de un procedimiento administrativo de desahucio, *d)* La carencia de ánimo de lucro en la Administración, y, finalmente, *e)* El carácter personalísimo del derecho de goce que se otorga en razón de su intransmisibilidad casi absoluta y que le niega todo carácter patrimonial en el sentido que este calificativo tiene para el Derecho privado.

Las consecuencias prácticas de esta posición publicística son notables. En primer término, serán inaplicables, a las relaciones que se creen posesorias, las normas generales y especiales sobre arrendamientos urbanos. En segundo lugar, la naturaleza de los inmuebles objeto de la apelación, pueden ya claramente tipificarse en la de bienes patrimoniales indispensables de la Administración Pública, en cuanto destinados a los fines de un servicio público, que consiste en construir alojamientos y ponerlos a disposición de las categorías más necesitadas de la población.

Concluye esta postura publicística asegurando que la naturaleza de la relación entre la Administración Pública y el adjudicatario, es una "relación de prestación administrativa".

Cuesta trabajo aceptar la tesis administrativista pura, que sólo puede justificarse en función de los fines propuestos con la edificación de esta clase de viviendas. No bastaría por sí sola la nota de personalidad de la Entidad constructora, ni siquiera la procedencia de los medios económicos puestos al servicio de aquélla; no todas las relaciones jurídicas que la Administración mantiene son de carácter público, ni puede negarse la posibilidad teórica y práctica de que parte de los caudales públicos se destinen a atenciones patrimoniales privadas del ente administrador. Es preciso volver a la teleología de la actuación realizada, para lograr una calificación correcta. En efecto, salvo en supuestos excepcionales, la actividad administrativa se encamina a la satisfacción de necesidades generales y públicas, y es nota casi siempre contingente a esta actividad la onerosidad del servicio público. El reverso lo constituye el propósito lucrativo lícito que preside la

actividad negocial de los particulares, salvo en la donación. Justamente la actuación pública en materia de edificación viene determinada por la ausencia de una iniciativa privada capaz de construir en condiciones económicas accesibles a la capacidad media de los ciudadano-tipo, y menos aún del productor. De otro modo, cuando los particulares no constituyen, porque no hallan en ello la remuneración que consideran estimable para el capital presupuestado, es cuando la Administración estatal o institucional ha de asumir la iniciativa; y, sin embargo, las Condiciones económicas no han cambiado. El posible lucro sigue siendo inestimable o inexistente, pero la Entidad construye porque, para ella, el móvil no es el beneficio, sino el servicio del interés general, de la necesidad pública; la idea del beneficio es irrelevante. Ahí está el triple mecanismo de los préstamos y anticipos a plazo largo con un interés fijo, que los hace francamente antieconómicos por simples razones de coyuntura, y el de las subvenciones a fondo perdido y el de las exenciones y bonificaciones tributarias máximas.

Pero tampoco es posible desproveerse fácilmente de la impresión primera que la adjudicación crea en quien la contempla. Ya hemos aludido a la posibilidad lícita de una actividad jurídico-privada de la Administración. ¿No es razonable entonces que la naturaleza de aquel acto administrativo sea la de expresión formal necesaria de un consentimiento ordinario, apto para crear el arrendamiento simple o una locación con vocación dominical simultánea o advenida? La hipótesis no es disparatada. Una declaración recepticia de voluntad ha de revestir, para tener la eficacia jurídica debida, cierta forma, que unas veces viene exigida por razones de seguridad jurídica general; otras por la especialidad de las prestaciones y otras por el mecanismo interno mismo que conduce a la formulación del consentimiento. Este último sería el caso de la Administración, que, como las demás personas jurídicas, precisa de una actividad preparatoria del consentimiento más complicado y formal que una persona física con plena aptitud civil.

Si, además, se piensa en el contenido de la relación que va a quedar establecida la sugestión privatística se hace más profunda y más difícil de desechar.

Sin embargo, algo hay de sofístico en el argumento. Puede llegar a admitirse como cierto, por lo que al acto de adjudicación se refiere; pero se advierte su debilidad pensando en que esa actuación atributiva y el consentimiento implicado no comprenden la total actividad administrativa en la materia. Primero ha sido preciso construir para satisfacer una, necesidad generalmente sentida, a cuya contribución se han puestos unos caudales públicos, y unas reglas y unos modos de actuación públicos también. Vuelve con ella al plano más relevante el problema del fin *ultima ratio* de la actividad administrativa, que la califica definitivamente.

Este argumento excluye también la posibilidad de dividir el proceso descrito de modo que permita calificar de preparatoria la actuación administrativa anterior a la adjudicación, y de civil ordinaria la posesión por ella creada. El fin público determinante de la actividad constructora no se agota con la asignación de la vivienda al particular, sino que se proyecta contundentemente sobre aquella ulterior situación posesoria. Para que el servicio público sea completamente atendido, las viviendas han de ser conservadas como los demás caudales públicos, han de mantenerse en la indisponibilidad casi perfecta del poseedor, y hasta su uso está rigurosamente condicionado para que aquella finalidad social propuesta no sea contraria o desatendida. Todo esto justifica el que el esquema de los derechos y

obligaciones del inquilino, el contenido total de la relación, su Estatuto en la normalidad jurídica y las soluciones para los supuestos anormales de desenvolvimiento sean fijados unilateralmente por la propia Administración, y no de unos derechos subjetivos civiles insuficientes para justificar las. Por ello también ese Estatuto es íntegramente compuesto de normas imperativas, con una casi total exclusión de la autonomía de la voluntad privada; y, por ello también, el contrato de cesión del goce de la vivienda por la Administración apenas merece calificación que la de adhesivo, por no decir que "dictado".

A título de colofón, cabe ensayar aquí la crítica de la posición vacilante adoptada por el legislador civil en esta materia, inicialmente vacilante, se ha resuelto definitivamente en favor de la tesis administrativista. Recuérdese, en efecto, que la ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, sólo al referirse a la renta y a alguna, otra cuestión parcial, se remitía, para esta clase de viviendas, a su legislación especial.

Daba ello a entender su sumisión, en todo lo demás, al régimen locativo común. Surgieron las discrepancias doctrinales, y se hizo precisa la declaración expresa y completa de la nueva Ley de 1956, con su conocido precepto, remitiendo el total Estatuto jurídico de las viviendas, genéricamente denominadas protegidas, a las normas administrativas que les son propias. Por el momento, ésta es la última solución que, además, es perfectamente lógica.

## II. PROGRAMA MUNICIPAL DE VIVIENDA EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO

No voy a repetir nuevamente la naturaleza jurídica de la EMVS. Sí, que de acuerdo a sus Estatutos Sociales, arts. 1 y 2, párrafo uno, apartado i, en relación con el párrafo cuatro de ese mismo artículo, se ocupa de ejecutar las adjudicaciones de viviendas como medio propio y servicio técnico de la administración del Ayuntamiento de Madrid.

Por lo que podemos, fácilmente, colegir que estamos ante una actividad reglada cuando se trata de la adjudicación por la mercantil municipal de viviendas protegidas en régimen de arrendamiento.

Pero debemos tener muy presente las palabras *obiter dicta* de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>494</sup> sobre el cometido y finalidad en materia de vivienda protegida de la EMVS. Según la mencionada sentencia, "la finalidad social perseguida por la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MADRID, S.A., no permite amparar la ocupación de una vivienda de protección pública de forma clandestina por quien no resulta ser su titular, fuera del procedimiento establecido para su adjudicación, pues en definitiva lo que se pretende por la hoy apelante es que se haga de mejor condición a quien ocupa por la vía de hecho una vivienda de protección

---

<sup>494</sup> Cfr. St. 10 de febrero de 2012, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Undécima.

pública, frente a aquéllos que acuden al procedimiento de adjudicación establecido por las normas administrativas".

La sentencia de esa Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Decimoctava, de fecha trece de febrero de 2006, dice que "la EMV no es un particular sino una entidad pública que tiene como una de sus finalidades el facilitar vivienda a personas necesitadas; pero es cierto también que esa facilitación lo es mediante un procedimiento reglado y que si necesitado se considera el demandado también existen desgraciadamente muchas otras personas que también lo están y que tienen derecho a solicitar vivienda, alegar sus circunstancias, presentar los documentos correspondientes y optar por la concesión de una de ellas por medio de una declaración o concesión administrativa, y no mediante el simple hecho de ocuparla sin más en detrimento de otras personas con igualo mayor necesidad que el demandado".

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial de Valladolid<sup>495</sup> expresa respecto a "la invocación en el recurso de la infracción, que se entiende cometida, del artículo 47 de la Constitución Española que no es más que una mera alegación retórica sin justificación alegatoria alguna, pues se limita el recurrente a la cita de uno de los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo tercero del título I de la Constitución Española dedicado a los principios rectores de la política social y económica, que consagra el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, pero no fundamenta porqué entiende que infringe este derecho la sentencia recurrida al decretar el desahucio del demandado por ocupar sin título alguno que le legitime para ello una vivienda de propiedad municipal".

Por tanto, no trato en este apartado de ser exhaustivo con todos los requisitos a cumplir por los solicitantes de vivienda protegida en régimen de arrendamiento para poder convertirse en adjudicatarios de la misma, sólo dar idea de lo reglado del procedimiento para asegurar la igualdad de oportunidades en la consecución del proceso.

Entre las características básicas del programa municipal de Madrid para vivienda protegida en régimen de arrendamiento está que la superficie máxima construida de la misma sea ciento diez metros cuadrados. Además están sujetas a una renta máxima anual y la duración del régimen legal de protección pública, vendrá establecida por la calificación definitiva de la promoción en la que se integra dicha vivienda.

Finalmente, hay que añadir que la vivienda se adjudica a la unidad familiar, independientemente de su régimen económico matrimonial y todos los miembros deben cumplir con los requisitos de acceso.

---

<sup>495</sup> Cfr. St. 16 de mayo de 2008, Audiencia Provincial de Valladolid, Secc. Primera.

## 1. LOS REQUISITOS PARA TODOS LOS PROGRAMAS

Los requisitos generales para todos los programas sucintamente los siguientes:

- No ser titular, ni el solicitante ni ninguno de los miembros de la unidad familiar, del pleno dominio o de un derecho real de uso o disfrute sobre otra vivienda en todo el territorio nacional, en los términos y condiciones previstos en la normativa de vivienda protegida que regule el régimen de protección de las viviendas ofertadas.

Si el solicitante es seleccionado en el procedimiento de adjudicación, todas las titularidades deberán acreditarse mediante nota simple informativa expedida por el Registro de la Propiedad correspondiente y valoración de las fincas a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales expedido por la Comunidad Autónoma competente.

- Acreditación de ingresos.

Para la acreditación del requisito de ingresos económicos, se puede autorizar a la EMVS a la consulta ante la Agencia Tributaria. Si no se autoriza la consulta para recabar información con la Agencia Tributaria se deberá aportar el certificado de imputaciones expedido por la Agencia Tributaria. En caso de rentas exentas del IRPF se deberá aportar certificado de pensiones no contributivas.

- Estar empadronado en el Municipio de Madrid durante los plazos exigidos en el vigente Reglamento para cada Programa Municipal de Vivienda. Si el arraigo es por trabajo la documentación válida para su acreditación viene recogida en el Reglamento.
- No podrá ser demandante en arrendamiento o arrendamiento con opción a compra, ningún solicitante que sea titular de un contrato de arrendamiento de vivienda con cualquier clase de protección, exceptuándose los adjudicatarios de Arrendamiento para Jóvenes que tengan descendencia en común durante la vigencia del contrato, así como quienes se encuentren dentro del último año del período contractual.
- No encontrarse ocupando una vivienda o inmueble (ni haberlo hecho en los últimos 10 años) de titularidad del Ayuntamiento de Madrid, Comunidad de Madrid o EMVS sin título legítimo para ello en el momento de la solicitud o con posterioridad a la misma.
- El saldo patrimonial del solicitante no podrá superar el límite máximo de ingresos familiares establecido para cada programa de vivienda, multiplicado

por 1,5. Salvo en viviendas de Protección Oficial en Régimen Especial que se multiplicará por dos<sup>496</sup>.

### 2. PROCESO DE ADJUDICACIÓN Y REGISTRO PERMANENTE DE SOLICITANTES DE LA EMVS

Como ya hemos referido, el proceso de adjudicación de una vivienda social es reglado administrativamente para asegurar la igualdad de oportunidades en la consecución del mismo. Partiendo del precepto constitucional que configura el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, la adjudicación supone el colmar tal derecho, previa solicitud del ciudadano que reúna los requisitos establecidos administrativamente en el procedimiento correspondiente que le hagan acreedor de ello.

Pero para acceder a una vivienda protegida municipal es imprescindible inscribirse en el Registro Permanente de Solicitantes de Vivienda, cuyo objetivo es recoger las solicitudes de los ciudadanos y, en función de sus circunstancias personales, familiares y económicas, dirigirles hacia aquella vivienda que mejor se adapte a su situación.

Se trata, por tanto, de un Registro donde se encuentran todas las viviendas disponibles, que se van adjudicando por orden a aquellas personas también inscritas en el mismo.

Anualmente se elabora una relación de los participantes que figuran en el Registro Permanente de Solicitantes, indicando en qué programa municipal de vivienda van a participar. Pueden presentar alegaciones durante los cinco días hábiles siguientes en caso de no estar de acuerdo con la puntuación, el cupo de vivienda elegido, los dormitorios, etc.

Una vez elaborada la relación de participantes, se procederá a otorgar un número de orden a cada uno de los solicitantes que la integran. Ese número de orden se determinará, en los programas en alquiler para jóvenes y alquiler con opción a compra para jóvenes mediante un sorteo aleatorio. En el resto de programas se ordenarán según la puntuación obtenida por la aplicación del baremo, combinándolo con sorteo.

La elaboración del orden en cada uno de los programas municipales de vivienda se realiza ante fedatario público.

---

<sup>496</sup> Vid. *Guía rápida de acceso al RPSV*, fuente: [www.emvs.es](http://www.emvs.es). Fecha de consulta: 3/03/2015.

Si algún nuevo solicitante se inscribe en el Registro una vez ya ordenada la relación de participantes, se incorporara a la lista en la última posición en cada programa independientemente de su puntuación, esto es por orden de inscripción.

En cuanto se produzca la asignación de una vivienda disponible a quien corresponda por su número de orden, se le comunicará al interesado a quien se requerirá, en caso de ser necesario, la documentación acreditativa de sus circunstancias personales o familiares.

Cuando el expediente está completo, se propondrá a través de la Comisión Permanente de Adjudicación, en la que están representados todos los grupos políticos con participación en la corporación municipal, la adjudicación definitiva de la vivienda.

El Ayuntamiento de Madrid, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y conforme a la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, aprobó el Proyecto de Reglamento de Adjudicación de Viviendas afectas a los Programas Municipales de Viviendas a aplicar por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., que se estructura en seis capítulos, una Disposición Transitoria única, una Disposición Derogatoria Única y una Disposición Final Única.

El vigente Reglamento<sup>497</sup> de la EMVS establece un procedimiento de selección de los adjudicatarios de viviendas mediante una gestión continua no vinculada a convocatorias, lo que simplifica y agiliza notablemente el procedimiento de gestión de las solicitudes para acceder a los diversos programas.

Con el nuevo procedimiento, todas las viviendas disponibles en cada momento son gestionadas para todos los solicitantes, con independencia de la fecha de finalización de la promoción y del momento de inscripción del solicitante en el registro.

El nuevo reglamento consigue así una importante supresión de trámites administrativos, de forma que la empresa municipal podrá adjudicar vivienda en cuanto tenga disponibilidad de la misma, sin que el solicitante deba esperar a la convocatoria de oferta.

Consecuencia de esta simplificación de los trámites es la posibilidad de reducir el tiempo de respuesta a la solicitud de vivienda de los ciudadanos, dado que se posibilita que los nuevos inscritos en el registro puedan ser adjudicatarios de vivienda de forma más rápida, al eliminar la rigidez del Reglamento anterior, según el cual, los nuevos inscritos no podían optar a las viviendas incluidas en una convocatoria en marcha.

---

<sup>497</sup> Reglamento de adjudicación de viviendas con protección pública afectas a los programas municipales de vivienda a aplicar por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.", aprobado por el Ayuntamiento de Madrid en sesión ordinaria de fecha 30 de octubre de 2012.



Como ha quedado dicho, para los programas de arrendamiento para jóvenes y con opción a compra para jóvenes, el procedimiento será el sorteo, mientras que habrá un baremo combinado para los programas de Arrendamiento General, Arrendamiento con opción de compra y venta.

Las condiciones individualizadas de cada programa son las siguientes:

- Para acceder a arrendamiento de vivienda para jóvenes, se establecen unos ingresos de entre 0,5 y 1,5 IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) y ser menor de 30 años en el momento de la selección.
- Para arrendamiento general, serán necesarios ingresos de entre 0,75 IPREM y máximo previsto según la tipología de vivienda protegida de que se trate.
- Para acceder a viviendas con opción de compra para jóvenes, los ingresos deberán ser de entre 1 y 5,5 IPREM y tener menos de 35 años en el momento de la selección.
- Para opción de compra general, los ingresos habrán de estar comprendidos entre una vez el IPREM y el máximo previsto según tipología.
- En el caso de viviendas en venta los ingresos serán los siguientes: para VPPB (Viviendas con Protección Pública de Precio Básico), de entre 1,5 IPREM y límite máximo (ahora 5,5); para VPPL (Viviendas con Protección Pública de Precio Limitado), de entre 2,5 IPREM y límite máximo (ahora 6,5 estatal y 7,5 autonómico), y para VPPRE (Viviendas con Protección Pública de Régimen Especial), ingresos de entre 0,5 IPREM y límite máximo (ahora 2,5). Por otra parte, se añaden en la venta otras dos nuevas circunstancias puntuables: la de ser arrendatario de una vivienda de la EMVS cuyo contrato de arrendamiento se encuentre en el tercer año contractual, y acreditar una solvencia de 9.000 €.

El vigente Reglamento de la EMVS penaliza el desistimiento, por segunda vez, de la vivienda para la cual se ha sido seleccionado, no pudiendo formalizar una inscripción en el Registro Permanente de Solicitantes de Vivienda durante los cinco siguientes años, excepto en los supuestos de situación sobrevenida de desempleo o denegación, por parte de la entidad bancaria, de la subrogación en el préstamo de la vivienda. En efecto, el Reglamento atiende a las situaciones que está produciendo la actual coyuntura económica en adjudicatarios de vivienda, por circunstancias objetivas como desempleo o cuando no se produzca la subrogación de la hipoteca por parte de la entidad financiera que concedió el préstamo para la promoción. Para paliar esta circunstancia, la EMVS elimina la penalización por renuncia del adjudicatario –que consistía en impedir que pudiera solicitar vivienda protegida durante cinco años– cuando concurren circunstancias socioeconómicas objetivas como las mencionadas. De esta forma, el adjudicatario que haya presentado renuncia por alguna de esas causas, tendrá la oportunidad de acceder prácticamente de manera inmediata a otros programas de la empresa municipal

La duración de la inscripción en el Registro es de dos años, debiendo manifestar el solicitante su interés en continuar inscrito<sup>498</sup>.

### III. PROCEDIMIENTO DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS PROTEGIDAS<sup>499</sup>

Brevemente, en las siguientes líneas me voy a referir a la Comunidad de Madrid y su procedimiento a seguir para el arrendamiento de viviendas protegidas, tanto por lo que respecta a consideraciones previas a la firma del contrato, como las peculiaridades de éste.

En primer lugar, se establecen indicaciones para conocer el régimen legal de protección de la vivienda y las limitaciones o exclusiones establecidas por la normativa para constituir un contrato de arrendamiento, las cuales incluyen, en determinados casos, la necesidad de solicitar una autorización previa.

Posteriormente, se analizan las peculiaridades del contrato de arrendamiento de vivienda protegida, como son la inclusión de determinadas cláusulas obligatorias y la existencia de una renta anual máxima inicial estipulada por la legislación vigente. El contrato de arrendamiento necesitará ser visado por la Comunidad de Madrid, que no es más que un procedimiento de control administrativo de los referidos contratos.

Por tanto, la normativa vigente sobre vivienda protegida de la Comunidad de Madrid permite, en algunos casos, al adquirente (o promotor individual de una vivienda para uso propio) de una vivienda protegida para venta o uso propio que no la haya ocupado, arrendarla a terceros. Sin embargo, se ha de tener en cuenta la tipología de vivienda protegida y su régimen jurídico, puesto que existen casos en los que no hay posibilidad de arrendamiento.

Por otra parte, aun para aquellos supuestos en los que la normativa permita el arrendamiento, en caso de que el titular o el promotor hubiesen obtenido financiación al amparo de un Plan Estatal de Vivienda o si se han percibido subvenciones por compra de vivienda, hay que tener en cuenta el plazo durante el cual existen limitaciones y condicionantes en cuanto al arrendamiento, que requerirá, en todo caso, autorización previa por parte de la Comunidad de Madrid.

Una vez extinguido el régimen legal de protección de una vivienda, bien por transcurso del plazo de protección o por haber realizado los trámites necesarios para

---

<sup>498</sup> Fuente: [www.emvs.es](http://www.emvs.es). Fecha de consulta: 3/03/2015.

<sup>499</sup> Guía de arrendamiento de vivienda protegida, fuente: [www.madrid.org](http://www.madrid.org). Fecha de consulta: 3/03/2015.

su descalificación, no hay restricción alguna ni necesidad de autorización previa para la firma de un contrato de arrendamiento.

Para saber la tipología de vivienda protegida y en consecuencia, conocer la normativa a la que está sometida una vivienda protegida, y posteriormente, analizar el régimen jurídico referido a las limitaciones y controles del arrendamiento, se puede consultar la escritura pública de compraventa de la vivienda o la cédula de calificación definitiva.

Las viviendas de protección oficial de promoción pública, mientras dure el régimen legal de protección, no se pueden arrendar. Además, por su propia naturaleza, cualquier tipología de vivienda con protección pública para arrendamiento o arrendamiento con opción de compra, mientras mantenga su régimen de arrendamiento, no puede ser subarrendada.

En el supuesto de que el propietario hubiese obtenido financiación al amparo de un plan estatal de vivienda (bien directamente, o bien por haberse subrogado en el préstamo del promotor), deberá comprobar el plazo durante el cual no se podrá ceder el uso de la vivienda sin cancelar o novar dicho préstamo y solicitar autorización previa para poder alquilar dicha vivienda. En este supuesto, es necesario la cancelación o la novación del préstamo y el reintegro de las ayudas recibidas más los intereses legales producidos desde el momento de su percepción.

Para poder arrendar las viviendas de protección oficial de promoción privada y viviendas con protección pública en caso de que no se hayan recibido ayudas o, en caso de haberlas recibido, cuando haya transcurrido el plazo durante el cual la normativa que las regula establece dicho requisito para poder alquilar la vivienda, no es necesario solicitar autorización a la Comunidad de Madrid, pero sí se debe presentar el contrato de arrendamiento en la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación para que sea visado. Además, dicho contrato debe contener ciertas cláusulas obligatorias, y el precio a pagar por la renta también estará limitado a una renta máxima.

Los contratos de arrendamiento de viviendas protegidas se someterán a lo estipulado en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Cualquier cláusula introducida en el contrato, incluidas las de carácter obligatorio, no podrá ser contraria a esta ley.

Los contratos de arrendamiento de viviendas protegidas deben incorporar cláusulas de carácter obligatorio, con el fin de aclarar aspectos del mismo.

Estas cláusulas, que no podrán ser nunca contrarias a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los contratos de arrendamiento de viviendas protegidas otorgados por sus propietarios, incluyen expresamente:

- Que la vivienda objeto de transacción está sujeta a las prohibiciones y limitaciones derivadas del régimen de Viviendas Protegidas y, por consiguiente, que las condiciones de utilización serán las señaladas en la

calificación definitiva, no excediendo los precios de renta de los límites establecidos.

- Que el arrendador se obliga a poner a disposición del arrendatario un ejemplar del contrato, debidamente visado por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.
- Que el subarriendo total o parcial de la vivienda dará lugar a la resolución del contrato.
- Que, para el caso en que expresamente se pacte la revisión de la renta, dicha revisión se llevará a cabo anualmente y en una cuantía en ningún caso superior a la que resulte de la aplicación un porcentaje equivalente a la variación porcentual experimentada en ese período por el Índice General Nacional del Sistema de Índices de Precios de Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

La renta anual máxima inicial por metro cuadrado de superficie útil a cobrar por el arrendamiento de la vivienda y, en su caso, anejos, será el resultado de aplicar el 5,5 por ciento al precio máximo legal de venta de las respectivas viviendas protegidas para venta o uso propio que esté vigente a la fecha de celebración del contrato de arrendamiento.

Dicha renta máxima no se podrá incrementar aun en el supuesto de que la vivienda se arrendase provista total o parcialmente de mobiliario, incluso bajo la forma de contratos independientes, aun cuando ambos contratos se otorguen por personas distintas.

El arrendador podrá percibir, además de la renta, el coste real de los servicios de que disfrute el inquilino y se satisfagan por el arrendador, así como las demás repercusiones autorizadas por la legislación aplicable.

La fianza arrendaticia es una garantía que el arrendatario entrega al arrendador para garantizar el cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de arrendamiento. Su importe, para los arrendamientos destinados a vivienda, asciende a una mensualidad de renta.

La fianza es obligatoria, según dispone el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Así mismo, el Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el Régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid, establece la obligación de depositar el importe de la fianza en el IVIMA. La fianza ha de depositarse, en un plazo de 30 días hábiles desde la celebración del contrato.

Una vez que se obtenga, si es necesaria, la autorización para arrendar la vivienda, y formalizado el contrato de arrendamiento, incluyendo las cláusulas obligatorias y con

sujeción a la renta máxima inicial, se habrá de presentar dicho contrato de arrendamiento para su visado por la Comunidad de Madrid, después, se entregará al arrendatario una copia del contrato visado por la Comunidad de Madrid.

### A) APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE VPO A LA SUBROGACIÓN. NO INCLUSIÓN EN EL PROGRAMA FAMILIAR

La EMVS promovía demanda de juicio ordinario de resolución de contrato de arrendamiento sobre una vivienda de VPO de su propiedad<sup>500</sup> y que se condenare al demandado para que dejare libre, vacua, y expedita, a disposición del actor y sin derecho a ninguna clase de indemnización la vivienda objeto de la presente litis, con apercibimiento de que si así no lo hace, proceder a su lanzamiento, y todo ello con expresa condena en costas. La demandada, alegando los hechos y fundamentos que consideró de aplicación, pedía que se declarare no haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, al existir subrogación en el contrato cuya arrendataria original era su madre.

Considera la demandante que ahora demandado no reúne las condiciones necesarias para tal subrogación al contrato por no encontrarse incluido en el programa familiar de la arrendataria y según a lo establecido en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, al no haber convivido habitualmente con dicha arrendataria durante los dos años precedentes a su fallecimiento.

Sentada en los anteriores términos la cuestión controvertida, y aceptada por ambas partes la existencia del contrato de arrendamiento aludido en la demanda con todas sus cláusulas, es conveniente entrar en el examen de las mismas a la vista de la cláusula adicional de fecha 1 de abril de 1988 adjuntada como documento nº 2 de la demanda, donde de forma expresa se manifiesta: "2º. La referida vivienda fue adjudicada al referido arrendatario, por cumplir las condiciones previstas para este tipo de actuaciones, para destinarla a domicilio habitual y permanente de él y su familia, acogándose a todas las limitaciones, prohibiciones, condiciones de utilización y renta determinadas en la calificación de VPO, así como en la regulación que de estas viviendas hace la legislación vigente. 3º. A tal fin declara el arrendatario que en la fecha de formalización del contrato y en la presente sus ingresos no sobrepasan 2'5 veces el SMI, manifestando no ser titular de dominio o derecho de uso o disfrute de ninguna VPO, ni de ninguna vivienda libre en el término municipal de Madrid", y, en lo específicamente concerniente a la subrogación por fallecimiento del titular del contrato, manifestaba la cláusula 5ª "se estará a lo dispuesto en la vigente LAU, debiendo el solicitante de la subrogación reunir los requisitos económicos exigidos por la

---

<sup>500</sup> Cfr. St. 7 de junio de 2010, Juzgado de Primera Instancia Nº 59 de Madrid, Procedimiento Ordinario nº 1.046/2009.

legislación de VPO aplicable y figurar en el programa familiar incluido en la documentación aportada en el expediente de adjudicación de la vivienda”.

En consecuencia, son tres los requisitos precisos para que se produzca la subrogación: 1º. Que concurren los requisitos requeridos por la LAU y, en su consecuencia, específicamente para los supuestos de subrogación por fallecimiento a tenor del art. 16 d) de la vigente LAU en cuanto a los descendientes no sujetos a patria potestad o tutela, la convivencia habitual durante los dos años precedentes al fallecimiento del arrendatario; 2º. Que el solicitante de la subrogación reúna los requisitos económicos exigidos por la legislación de VPO aplicable, determinando a este respecto el Decreto 100/86, de 22 de octubre, regulador el arrendamiento de las viviendas de protección oficial de promoción pública en su art. 1, su cesión solo a personas cuyos ingresos anuales, unidos a los de los familiares que con ellas conviven, sean inferiores a 2'5 veces el salario mínimo interprofesional anual. No puede considerarse regida la mencionada vivienda por el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, actualmente derogado salvo su disposición transitoria única, pues, según el propio contrato el arrendamiento de vivienda, que se calificó de protección oficial, pasó a regirse por el RDL 1/78 y normativa que lo desarrolla con referencia explícita en cuanto a su duración al Decreto 100/1986, de 22 de octubre, mientras que las viviendas con protección pública reguladas por el decreto citado por la parte demandada se introdujeron por vez primera en esta Comunidad de Madrid mediante Ley 6/1997, de 8 de enero, no habiéndose pactado su regulación por esta norma sino por las aplicables a las viviendas de protección oficial; y 3º. Que la persona de cuya subrogación se trate figure en el programa familiar incluido en la documentación aportada en el expediente de adjudicación de la vivienda: debiendo considerarse que tales presupuestos han de concurrir todos ellos, de tal modo que de faltar alguno de ellos el solicitante no podría optar por la subrogación.

Con relación a la inclusión de la persona que pretende la subrogación en el programa familiar incluido en el expediente de adjudicación de vivienda, ha quedado acreditado en el acto de la vista que el demandado no estaba incluido en el mismo y que no manifestó de forma fehaciente a la demandante su intención de quedar incluido en el mismo, siendo lo cierto: que a tenor de la estipulación 5ª del contrato aportado únicamente se encontrarían legitimados para solicitar la subrogación por causa de muerte los herederos que se encontraran incluidos en el programa familiar exhibido en la documentación aportada en el expediente de adjudicación de la vivienda, y que cualquier variación en el programa debería ser comunicada a la ahora demandante en el plazo de un mes de forma que, en caso contrario, la EMVS no tendría en cuenta tal variación en el momento de consentir la subrogación.

La demanda, en definitiva, ha de ser estimada por no concurrir en el demandado las condiciones necesarias para subrogarse en el contrato objeto de autos. Siendo la presente sentencia estimatoria, y dando lugar al desalojo de la vivienda ocupada por el demandado, conforme al art. 704 de la LEC, tratándose de vivienda habitual

se les concederá un plazo de un mes para desalojarlo.

**B) AL CONTRAER MATRIMONIO UNA DE LAS ADJUDICATARIAS, DEJA DE EXISTIR LA UNIDAD FAMILIAR A LA QUE SE ADJUDICÓ LA VIVIENDA PROTEGIDA. RESOLUCIÓN DE LA ADJUDICACIÓN POR INCUMPLIMIENTO SOBREVENIDO.**

Como último supuesto práctico para entender el concepto de unidad familiar o programa familiar en la adjudicación de viviendas protegidas, sirva este rocambolesco pleito<sup>501</sup> en el que se adjudica la vivienda protegida a las demandadas, manifestando las mismas que eran pareja de hecho y que querían constituir unidad familiar y una vez adjudicada la vivienda, una de las recurrentes contrajo matrimonio con un varón.

Recoge el Tribunal que, el presente recurso de apelación tiene por objeto la sentencia de fecha 13 de enero de 2012, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario número 152/09 que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución dictada por la EMVS de 30 de noviembre de 2005 que acordó resolver la adjudicación de la vivienda. La mercantil local consideró que al haber contraído matrimonio una de las adjudicatarias, con otra persona diferente, deja de existir la unidad familiar a la que se adjudicó la vivienda.

Como señala la Sentencia<sup>502</sup> de la Sala 3ª del Tribunal Supremo el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia<sup>503</sup> ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal *ad quem* la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se

---

<sup>501</sup> Cfr. St. 19 de febrero de 2014, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. Segunda, rec. 1.400/2012, que confirma íntegramente la St. del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 29 de Madrid, Procedimiento Ordinario 152/2009.

<sup>502</sup> Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998.

<sup>503</sup> SSTs de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993, etc.

reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo.

Alegó el recurrente que estamos ante una revocación de un acto declarativo de derechos por lo que de acuerdo con lo establecido en el art 103 de la ley 30/92 debió previamente declararlo lesivo para el interés público por lo que se vulnera lo dispuesto en el art 62. e de esta ley que dispone que son nulos *Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*

La Sala, una vez examinados los datos obrantes, comparte las consideraciones del juez de instancia, cuyos fundamentos jurídicos se aceptan e incorporan a la presente resolución: En el supuesto presente no nos encontramos ante un acto anulable conforme a los artículos citados (el acto administrativo no ha incurrido en ninguna infracción del ordenamiento jurídico), sino ante la concurrencia de una causa de resolución del contrato.

La Administración, ha resuelto ha dictado su resolución de acuerdo con la normativa de adjudicación de viviendas con protección pública afectas al plan primera vivienda a aplicar por le EMVS que consta en los autos.

De los datos obrantes, las recurrentes por la mera manifestación de que eran pareja de hecho y querían constituir una unidad familiar, lograron una adjudicación de vivienda y firmaron un contrato de compraventa.

Consta que una de las recurrentes contrajo posteriormente matrimonio, con un varón.

El art 11.2 de la normativa mencionada por las recurrentes en defensa de su derecho, aunque exprese que se entenderá definitivamente consolidada la adjudicación, ello es a efectos de tener por concluido el procedimiento administrativo. Es decir este artículo hay que ponerlo en consonancia con los artículos siguientes: especialmente el Art. 13 que regula la resolución del contrato que establece que serán causas de resolución del contrato de compraventa "que la vivienda adjudicada no constituya domicilio habitual y permanente de la unidad familiar adjudicataria".

Frente al dato contundente del matrimonio con otra persona no han aportado prueba alguna de que lo manifestado para lograr la adjudicación fuera cierto, pero incluso aunque no hubiera habido ninguna irregularidad, es evidente que la unidad familiar que en su caso estaba formada por dos personas determinadas, con sus circunstancias económicas personales, que son tenidas en cuenta para la adjudicación de viviendas a personas con escasos medios económicos, *ya no existe*, y por tanto en ningún caso va a constituir domicilio habitual, por lo que concurre la causa de resolución del Art. 13 citado.



Por todo ello procede confirmar la legalidad de la resolución impugnada y desestimar el recurso de apelación.

#### IV. LAS DENOMINADAS “VIVIENDAS SOLIDARIAS”; DISCAPACIDAD Y CESIÓN ARRENDATICIA<sup>504</sup>

Tras la explosión de la burbuja inmobiliaria y en un escenario de crisis económica, la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., con una vocación marcadamente social desde sus orígenes, pone en marcha dos proyectos de viviendas destinados a los sectores más desfavorecidos: Red de Viviendas Solidarias y programas de viviendas para discapacitados (en colaboración con la Fundación ONCE).

##### 1. PROGRAMAS AFINES

El Ayuntamiento de Madrid se adhirió al Convenio para colaborar con el Fondo Social de Viviendas<sup>505</sup>; en este caso, los Servicios Sociales de Atención Primaria de la Ciudad facilitarán los informes de las familias solicitantes y además asesorarán a su ciudadanía sobre el procedimiento de solicitud<sup>506</sup>.

Por su parte, el FSV fue constituido en virtud del Convenio suscrito el 17 de enero de 2013 por los ministerios de Economía y Competitividad, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Fomento, Banco de España, la Federación Española de Municipios y Provincias, la Plataforma del Tercer Sector (Organizaciones no Gubernamentales), las patronales bancarias y treinta y tres entidades de crédito. Dicho FSV da cumplimiento a la encomienda al Gobierno prevista en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

En particular, cada entidad de crédito participante constituirá su propio fondo con un número inicial de viviendas, si bien podrán, en su caso, ampliarlo. El FSV nace con 5.891 viviendas aportadas por las treinta y tres entidades financieras

---

<sup>504</sup> Lo expuesto en este apartado forma parte de mi trabajo “Viviendas solidarias y discapacidad: particularidades y cuestiones controvertidas sobre la cesión de la vivienda protegida” en *R.E.D.S.*, núm. 5, julio-diciembre 2014, Pp. 112 a 144.

<sup>505</sup> En adelante FSV.

<sup>506</sup> Fuente: [www.emvs.es/Comunicacion/Notas/2013/FondoVivienda0214/Paginas/inicio.aspx](http://www.emvs.es/Comunicacion/Notas/2013/FondoVivienda0214/Paginas/inicio.aspx). Fecha de consulta: 28/01/2014.

firmantes del convenio. Las entidades de crédito pondrán a disposición de las posibles personas beneficiarias, de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales colaboradoras, de las ONG que desarrollen y ejecuten proyectos de inclusión social y de la Comisión de Coordinación y Seguimiento del FSV, información relativa a estas viviendas, características básicas, distribución por municipios y comunidades autónomas, requisitos para acceder al arrendamiento y sus términos básicos. Dicha información estará presente, de forma adicional, en las sucursales de las entidades de crédito y sus páginas electrónicas.

Las familias en situación de especial vulnerabilidad que hayan sido desalojadas de sus viviendas después de 1 de enero de 2008 por el impago de un préstamo hipotecario, podrán solicitar los inmuebles a partir de la puesta en marcha del citado convenio; el alquiler de estas viviendas tendrá una duración de dos años y las rentas oscilarán entre los 150 € y 400 € mensuales, con un límite máximo del treinta por ciento de los ingresos netos totales de la unidad familiar<sup>507</sup>.

Con todo, es esencial subrayar que la condición de arrendadoras la ostentan las propias entidades, habida cuenta de que los fondos del FSV carecen de personalidad jurídica y, a mayor abundamiento, las viviendas son de titularidad real de las entidades de crédito, directamente, o a través de sociedades participadas por ellas. Por tanto, el desenvolvimiento del Convenio no genera por sí novaciones subjetivas en la relación arrendaticia.

En materia de novaciones subjetivas de la relación arrendaticia subyacente, resulta un elemento de especial interés, el Convenio de colaboración de 15 de diciembre de 2005 suscrito entre el Ayuntamiento de Madrid y la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., para la cooperación en la gestión del Proyecto de Alojamiento Individual para personas sin hogar en Madrid.

Dicho Convenio establece que la EMVS prestará su colaboración a la puesta en marcha por el Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía del “Proyecto de Alojamientos Normalizados con Acompañamiento Social para Personas Sin Hogar”. En particular, podrá ceder de forma temporal mediante el procedimiento legalmente establecido, el uso de determinadas viviendas de edificios de su propiedad que cumplen los requisitos para atender a los fines indicados. Por tanto, estas viviendas serán asignadas a aquellas personas con acompañamiento social y necesitadas de un lugar adecuado a sus necesidades psico-sociales.

Supone, fundamentalmente y salvo casos de emergencia social, que la vivienda protegida sea arrendada como “piso tutelado” colectivo a una entidad social,

---

<sup>507</sup> Fuente: [www.imserso.es/imserso\\_01/fsva/index.htm](http://www.imserso.es/imserso_01/fsva/index.htm). Fecha de consulta: 31/01/2014

pretendidamente subarrendando<sup>508</sup> o alojando ésta, a su vez, en dicha vivienda a varias personas o familias, lo que genera un primer caso de novación subjetiva en la relación contractual locativa.

Por último, otro antecedente destacable del programa de “Red de Viviendas Solidarias”, fuera del ámbito territorial de Madrid, es el Convenio aragonés de colaboración, fechado el 8 de julio de 2008. Tiene por objeto la puesta a disposición de cinco viviendas de promoción pública en régimen de alquiler dependientes del Gobierno de Aragón, cuya gestión está encomendada a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación y a la Red Aragonesa de Entidades Sociales para la Inclusión que, a su vez, asignará a diferentes entidades sociales dichos inmuebles para que sean ocupadas por personas en riesgo de exclusión social<sup>509</sup>.

## 2. PROGRAMA DE VIVIENDAS SOLIDARIAS EN LA CIUDAD DE MADRID

El Ayuntamiento de Madrid y la EMVS suscribieron el 11 de julio de 2012, un Convenio para la gestión del "Programa de Viviendas Solidarias en la Ciudad de Madrid, 2012-2015"<sup>510</sup>, dirigido a las personas y familias que a consecuencia de la crisis económica, hayan perdido su vivienda y estén en riesgo de exclusión social.

El programa pone a disposición de entidades y organizaciones sociales, entre cuyos fines figure la lucha contra la exclusión social y residencial, un número aproximado de doscientas viviendas propiedad de la EMVS, hasta mayo de 2015, en régimen de

---

<sup>508</sup> En la medida de los escasos recursos económicos de las personas o familias necesitadas de hogar.

<sup>509</sup> Es importante destacar los compromisos que las partes contratantes adquieren en virtud del meritado convenio: Por la Red Aragonesa de Entidades Sociales para la Inclusión. -Comunicar a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación la identidad de los ocupantes de las viviendas. -Realizar actuaciones de seguimiento por personal idóneo determinado por la Red en dichos inmuebles, al objeto de observar un adecuado uso de los mismos y evitar posibles conflictos en las relaciones vecinales. -Verificar el cumplimiento del pago de los recibos correspondientes a los gastos generales de las viviendas tales como: suministros de agua, gas y electricidad, comunidad de propietarios, así como los pagos relativos a desperfectos que se pudiesen ocasionar en los inmuebles, que deberán ser satisfechos por cada una de las Entidades Sociales a las que se asigne vivienda. -Verificar las tareas de conservación a realizar por cada entidad responsable y que se considere adecuada para la vivienda. -No se podrán realizar obras que modifiquen la configuración de la vivienda sin el consentimiento expreso de la Diputación General de Aragón. Por la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación -Poner a disposición de la Red Aragonesa de Entidades Sociales para la Inclusión las siguientes viviendas de promoción pública, en alquiler, sitas en la ciudad de Zaragoza, que serán gestionadas por las entidades que se detallan y cuyos colectivos de atención atienden a diferentes problemáticas sociales.

<sup>510</sup> Fuente: [www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Novedades/Programa-de-Viviendas-Solidarias-en-la-Ciudad-de-Madrid](http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Novedades/Programa-de-Viviendas-Solidarias-en-la-Ciudad-de-Madrid) . Fecha de consulta: 31/01/14

arrendamiento con un precio inferior al de mercado. Su finalidad es cederlas temporalmente a las personas o familias que cumplan los requisitos del programa.

La Red de Viviendas Solidarias madrileña, surge para dar soluciones urgentes a la pérdida de vivienda derivada de ejecuciones hipotecarias o de desahucios por impago de alquiler. De forma preferente, serán alojadas familias con menores o con todos sus miembros en situación de desempleo. Podrán ser beneficiarias del programa, personas y familias que acepten incorporarse a un proceso de intervención social y dispongan de ingresos estables para afrontar los gastos generados por el uso de la vivienda<sup>511</sup>.

### 3. PARTICULARIDADES: DURACIÓN ARRENDATICIA SEGÚN LOS LOGROS DE LA INTERVENCIÓN SOCIAL

Una particularidad de los contratos locativos formalizados entre la EMVS y las entidades sociales participantes, es su duración, imbuida por los objetivos de la intervención realizada con cada familia o personas alojadas.

La permanencia en el Programa estará determinada en función de la intervención realizada con cada unidad familiar. Está estimada en un año, prorrogable por anualidades, si se mantienen las condiciones de acceso.

En este sentido, debe tenerse presente que el Programa Viviendas Solidarias es una intervención de acompañamiento socio-residencial que facilita la estancia temporal en viviendas gestionadas por entidades de iniciativa social, en definitiva, para favorecer procesos de inclusión.

En el caso de las viviendas para personas con discapacidad, en su modalidad de integración laboral y formación, hace que la consecución de esta doble finalidad supedita la duración de los contratos.

Otra particularidad destacable es el consentimiento para la efectividad de la novación subjetiva del lado del arrendatario. Desemboca, a la postre, en una cesión arrendaticia, se produce *ex ante* y de forma indirecta, al reflejarse en los convenios de los programas de viviendas públicas solidarias y para personas con discapacidad. Buena prueba de ello, es el propio objetivo de marcado carácter social de los citados convenios.

---

<sup>511</sup> Actualmente, una renta a razón de 2 € por metro cuadrado y mes, hasta un máximo de 200 euros.

Finalmente cabe reseñar la asequible renta de alquiler, limitada a dos euros por metro cuadrado y mes, como apoyo fundamental de estos programas sociales de vivienda en arrendamiento.

#### 4. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y VIVIENDA

##### A) IDEAS PREVIAS

La protección de la persona es uno de los elementos inspiradores de nuestra Constitución<sup>512</sup>. En particular, las políticas de las últimas legislaturas dirigidas a la protección y tutela de personas especialmente desprotegidas, han diseñado una pluralidad de procedimientos, calificaciones y derechos subjetivos destinados al sujeto en función de la discapacidad certificada (en grado y porcentaje), dependencia reconocida (en niveles) e, incluso, incapacidad declarada judicialmente. Dicha pluralidad de situaciones es la que, a su vez, determina el ámbito subjetivo de aplicación de ciertas medidas tutelares, sin que exista una norma estatal que equipare y correlacione la dependencia, discapacidad e incapacitación entre los distintos órdenes<sup>513</sup>.

Como es sabido, la incapacitación se ventila en un proceso judicial al que se pone fin mediante sentencia cuyos efectos tienen consecuencias sobre el estado civil de la persona, inscribiéndose en el Registro Civil la alteración producida sobre la capacidad de obrar, de conformidad a lo prescrito por el artículo 1 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957<sup>514</sup>. Esta resolución judicial es graduable, es decir, puede privar de forma total o parcial la capacidad de obrar de quien se vea sometido a este proceso.

---

<sup>512</sup> MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda: “De la Minusvalía a la Discapacidad y Dependencia: Pasarelas y Asimilaciones Legales”. *RUCT*, 8, pág. 89.

<sup>513</sup> Op. cit., pág. 88.

<sup>514</sup> Vid., en esta materia al profesor Carlos LASARTE ALVAREZ (2007): *Principios de Derecho Civil*, 1, Parte General y Derecho de la persona, 13<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons, pp. 321 y ss...; vid., también, el estudio de Santos Morón (2004), sobre la incapacitación como proceso limitador de los derechos fundamentales en “La situación de los discapacitados psíquicos”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy Cervera (ed.), Madrid, Dykinson-Carlos III, pp. 167-185 y el exhaustivo trabajo de AMUNATEGUI Rodríguez: “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *RDP*, enero-febrero, 2006, págs. 9-67; también CORDERO CUTILLAS: “La discapacidad e incapacitación judicial”, *AC*, 10, 2006.

Y ello frente al derecho subjetivo de ciudadanía en materia de dependencia y la noción técnica de discapacidad, exentas ambas de consecuencias sobre el estado civil de quien ostente su acreditación<sup>515</sup>.

La situación de dependencia debe entenderse como la falta de autonomía que, en ocasiones, no procede tanto de la imposibilidad material de ejecutar alguna de las actividades básicas de la vida diaria cuanto de la falta de iniciativa del sujeto consecuencia de ciertos desórdenes<sup>516</sup>.

Conviene tener presente, por ello, que la dependencia, en primer lugar, es una noción distinta de la discapacidad: difiere en su realidad práctica, ya que muchas personas con discapacidad reconocida no sufren merma en su autonomía personal y, por tanto, no están en situación de ser calificadas como personas con dependencia<sup>517</sup>.

A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el artículo 58.6 declaraba que “tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por cien”<sup>518</sup>.

Por último cabe cuestionar si una familia con un menor con discapacidad puede beneficiarse de una vivienda pública o protegida circunscrita al Convenio del Ayuntamiento de Madrid con la Fundación ONCE.

Al respecto, mi maestra la Profesora MORETÓN SANZ<sup>519</sup> apunta que como es sabido y no es necesario reiterar, el núcleo básico del Derecho civil está constituido por la persona sea en su esfera personal o patrimonial<sup>520</sup>. El ejercicio de los derechos fundamentales y los de la personalidad, cuando el protagonista sea un menor, dependerá de su madurez específica habiendo convenido la doctrina que por debajo de la frontera de los doce años, en principio, carecerá de condiciones suficientes como para materializar por sí los derechos de los que es titular.

---

<sup>515</sup> Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 97.

<sup>516</sup> Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 100.

<sup>517</sup> Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 106

<sup>518</sup> Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 105.

<sup>519</sup> MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> Fernanda: “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: Análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España” *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 1, 57-71, Septiembre 2011.

<sup>520</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil*, 1, caps. 1, 9 y 10, *Parte General y Derecho de la Persona*. 2007 y 2010 Madrid: Marcial Pons.

Aunque nada obsta a que contratando sus progenitores o representantes legales pueda ser el menor beneficiario del mencionado programa para personas con discapacidad, al menos en lo que al acceso a una vivienda pública se refiere.

### B) CONVENIO DEL AYUNTAMIENTO CON LA FUNDACIÓN ONCE

El Ayuntamiento de Madrid, a través de la EMVS, y la Fundación ONCE han firmado, el 20 de enero de 2014, un convenio dirigido a facilitar el acceso de personas con discapacidad a la vivienda pública, gracias a la puesta en marcha de tres programas que les facilitan pisos protegidos totalmente adaptados y alojamiento temporal para su integración laboral y su formación profesional<sup>521</sup>.

El primer programa que contempla el texto fomenta la vida independiente. Se ofrece una vivienda protegida municipal adaptada. Agrupa paquetes de entre cuatro y seis viviendas dentro de la misma promoción, con el fin de que los beneficiarios puedan compartir determinados servicios indispensables, como personal de asistencia o transporte con sus vecinos. El régimen de acceso a estas viviendas será de venta, alquiler o alquiler con opción a compra.

Viviendas de alojamiento temporal para integración y formación profesional, son los otros programas que facilitan la integración laboral de las personas con discapacidad que, sin vivir en Madrid, reciben formación para acceder a un trabajo. Contempla viviendas de uso individual o colectivo, respectivamente. El régimen de acceso a estas viviendas es de alquiler, bien directamente con el usuario en el caso de las individuales, o con la Fundación ONCE en el caso de las colectivas.

La renta del alquiler resulta un quince por ciento más económica que la determinada por el módulo de vivienda con protección pública<sup>522</sup> y, en el caso de

---

<sup>521</sup>Fuente:[www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Urbanismo-e-Infraestructuras/Comunicacion/Alojamientos-adaptados-temporales-para-integrar](http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Urbanismo-e-Infraestructuras/Comunicacion/Alojamientos-adaptados-temporales-para-integrar). Fecha consulta: 07/02/14.

<sup>522</sup> Vid. el artículo 13 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, relativo a la renta de las viviendas con protección pública que recoge: "1. La renta máxima inicial anual por metro cuadrado de superficie útil de las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento o arrendamiento con derecho de opción compra será un 5,5 por 100 del precio máximo de venta de dichas viviendas vigente a la fecha de celebración del contrato de arrendamiento, cuando se trate de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento, o del que figure en la calificación definitiva cuando se trate de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento con opción de compra. En el supuesto de que dichas viviendas hubiesen obtenido financiación con cargo a un Plan Estatal de Vivienda será la establecida por la norma reguladora del mismo. 2. En el supuesto que la vivienda se arrendase amueblada, de ello no podrá derivarse un desembolso para el inquilino superior a la renta máxima permitida con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior. 3. La renta inicial podrá actualizarse anualmente de conformidad con la evolución que experimente el Índice General Nacional del Sistema de Índices de Precios al Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. 4. El

las viviendas dedicadas a facilitar la formación profesional, el convenio prevé un importe máximo de 200 euros al mes.

Actualmente hay unas noventa viviendas protegidas municipales ubicadas en distintos distritos. Son pisos en la planta baja, y sus adaptaciones han sido supervisadas y validadas por la Fundación ONCE. Todas cumplen con la normativa de accesibilidad y barreras arquitectónicas<sup>523</sup>.

### C) SUPUESTO PRÁCTICO: SUBROGACIÓN DE MINUSVÁLIDO

El recurso de casación<sup>524</sup> se formula en interés casacional y trae causa de un juicio verbal de desahucio, reconducido después a juicio ordinario. Tiene como fundamento resolver sobre una de las dos corrientes contradictorias de las Audiencias Provinciales en la interpretación de la Disposición Transitoria 2ª b), apartado 4º, párrafo 3º, de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, en relación con el artículo 16 y la Disposición Adicional novena del citado Texto legal. Se trata de un contrato de arrendamiento celebrado en el año 1971, siendo arrendadora la madre

---

arrendador podrá percibir, además de la renta inicial o revisada que corresponda, el coste real de los servicios de que disfrute el inquilino y se satisfagan por el arrendador, así como las demás repercusiones autorizadas por la legislación aplicable”.

<sup>523</sup> Las normas estatales de referencia que deberán ser tenidas en cuenta en la concesión del Símbolo Internacional de Accesibilidad (SIA), por su carácter de regulación estatal de las condiciones básicas de los derechos y deberes de todos los ciudadanos, son las siguientes: en primer lugar, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que integra a la recientemente derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y en segundo lugar, los desarrollos reglamentarios siguientes: el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones; el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad; el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad; la Orden VIV/984/2009, de 15 de abril, por la que se modifican determinados documentos básicos del Código Técnico de la Edificación aprobados por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre; y por último, la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados. Igualmente se introduce una previsión sobre la dotación mínima de los espacios públicos dedicados a cursos de formación, donde deberá garantizarse una dotación del diez por ciento en el mobiliario y equipamiento de las instalaciones adaptadas para personas con discapacidad, y en todo caso, que exista por lo menos una plaza destinada a estas personas en cualquier espacio edificatorio de concurrencia o de uso público para estos fines.

<sup>524</sup> Cfr. STS 11 de julio de 2014, rec. 900/2012.



(fallecida) del actor y arrendatario el padre (fallecido) del demandado, que el primero quiere resolver porque considera que no concurren los requisitos para la subrogación del segundo, en el momento del fallecimiento del arrendatario, frente la postura de parte ahora recurrente que invocó causa de minusvalía del sesenta y cinco por ciento, concurrente al tiempo del fallecimiento del arrendatario inicial, aun cuando fue declarada administrativamente con posterioridad.

La sentencia de 1ª Instancia estimó íntegramente la demanda, atendiendo al hecho de que no existía declaración de minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por ciento al tiempo de la subrogación, con independencia de la incapacidad permanente absoluta reconocida por el INSS a la efectiva existencia de la minusvalía posteriormente declarada.

La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la del Juzgado, rebatiendo el criterio contrapuesto de la Sección 13ª de la misma Audiencia porque, como resolvió el Juzgado, es al tiempo de la subrogación, determinada por el fallecimiento del arrendatario, cuando tiene que estar declarada la minusvalía para que pueda proceder la subrogación.

En el recurso se citan las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, de 23 de septiembre de 2008; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Undécima, de 28 de mayo de 2006, y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Octava, de fecha 18 de febrero de 2004.

La controversia es evidente. Algunas Audiencias, como las que se citan en el motivo, consideran que basta para que se produzca válidamente la subrogación con que concurra la incapacidad en el momento de la defunción del arrendatario, aunque no haya sido entonces formalmente declarada o reconocida, siempre y cuando la declaración se emita dentro de los dos años. Pretender lo contrario, supone un rigor formalista excesivo, contrario al propio tenor literal de la norma, dice la St. de la Audiencia Provincial de Barcelona –Sección Decimotercera- de 23 de septiembre de 2008, que únicamente exige que el subrogado se encuentre "afectado" por la minusvalía, sin que pueda exigirse que esta haya sido declarada por la Administración Pública competente en el momento de la subrogación, cuando lo normal es precisamente que se promueva la declaración para obtener la adecuada asistencia social cuando el hijo del arrendatario queda desasistido por el fallecimiento de su padre o madre, o de ambos sucesivamente, al no haber necesitado probablemente hasta ese momento promover la declaración de minusvalía por encontrarse asistido hasta entonces por sus progenitores. Otras, como la recurrida, entienden que la condición de minusválido y el grado correspondiente, deben estar declarados en el momento en el cual surge el derecho de subrogación, momento coincidente con el del fallecimiento del arrendatario inicial, atendiendo fundamentalmente al carácter restrictivo de la subrogación y a razones de seguridad jurídica.

La cuestión que se plantea es pues si, en el supuesto del número 4 de la D.T. 2ª B) LAU, es necesario que al tiempo del fallecimiento haya sido reconocido el grado de

incapacidad del hijo por resolución administrativa o basta con que concurra la incapacidad en ese momento, teniendo en cuenta que de conformidad con la Disposición Adicional Novena de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos "a los efectos prevenidos en esta Ley, la situación de minusvalía y su grado deberán ser declarados, de acuerdo con la normativa vigente, por los centros y servicios de las Administraciones Públicas competentes".

Se acepta el planteamiento del recurso.

Dice el actor que tras el fallecimiento del arrendatario, padre del demandado, este se subrogó en su posición pretendiendo acogerse al régimen especial de personas con minusvalía que consagra el régimen transitorio de la LAU. La propiedad aceptó la subrogación si bien limitada al plazo general de dos años (carta de 16 de julio de 2008) y el demandado envió escrito a la propiedad en fecha 11 de diciembre de 2007 reiterando su voluntad de subrogarse a la vez que acompañaba resumen del dictamen técnico facultativo de la valoración del grado de disminución efectuada el 8 de noviembre de 2007. Es hecho probado de la sentencia que el arrendamiento litigioso se celebró el año 1971, es decir, con anterioridad a 1985; que el demandado contaba con la incapacidad laboral; que al tiempo del fallecimiento no tenía reconocido por el Instituto Catalán de la Seguridad Social la minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por ciento y que la resolución de este organismo declarando la situación de minusvalía es de 27 de noviembre de 2007 (el fallecimiento ocurrió el 7 de agosto previo) y se fija la producción de efectos de dicha declaración el día 9 de octubre de 2007.

Se trata, por tanto, de un contrato de arrendamiento de vivienda celebrado antes del 9 de mayo de 1985 que subsistía en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, por lo que se rige por las normas relativas al contrato de inquilinato de la citada ley, salvo las modificaciones contenidas en la Disposición Transitoria segunda que, en lo que aquí interesa, en su apartado B), relativo a la extinción y subrogación, recoge como regla general que el contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado y que, como excepción -número 4-, se autoriza la subrogación del hijo que conviviera con el arrendatario durante los dos años anteriores a su fallecimiento y estuviera afectado por una minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por ciento, en los términos de la Disposición Adicional Novena, con dos precisiones: a) corresponde a las personas que ejerciten la subrogación probar la condición de convivencia con el arrendatario fallecido que para cada supuesto proceda; condición de convivencia que deberá ser habitual y darse necesariamente en la vivienda arrendada -número 9-, y b)

serán de aplicación a la subrogación por causa de muerte regulada en este apartado, las disposiciones sobre procedimiento y orden de prelación establecidas en el artículo 16 de la citada Ley -número 9-. Pues bien, el derecho del hijo a subrogarse en el contrato nace desde que se produce la situación de convivencia y el hijo se encuentra afectado por la minusvalía, aunque no hubiera sido ésta declarada en el momento del fallecimiento del arrendatario en los términos de la Disposición Adicional novena de la Ley.

Esta situación es la que determina las posibilidades subrogatorias de tal forma que si en ese momento no concurre la minusvalía en el grado requerido, y el titular del derecho a la subrogación es un hijo, el contrato se extingue a los dos años a contar de aquel momento. Lo que no dice la Ley es que la minusvalía esté ya declarada cuando se produce el fallecimiento. Lo único que exige la DT es que el hijo esté "afectado por una minusvalía". Ciertamente es que esta DT supone una excepción al régimen transitorio y como tal debe ser objeto de una interpretación restrictiva, limitada a los supuestos y con las formalidades que exige la Ley de Arrendamientos, tanto como excepción que es a la continuación del contrato, como por su carácter transitorio o temporal, pero también lo es que una interpretación contraria iría contra la finalidad del legislador, que no es otra que la de procurar una duración distinta del contrato, aun a costa del arrendador, en aquellos casos de un hijo en situación de minusvalía, anterior al fallecimiento del arrendatario, aunque se suscite después su declaración pero con efectos dentro del periodo de dos años, y no después del fallecimiento. Lo contrario supondría un trato discriminatorio respecto al hijo discapacitado en el momento de la subrogación en relación con el que ya lo era vigente el contrato de alquiler. Pero, además, como reconocen las sentencias que sostienen esta interpretación, supondría un rigor formalista excesivo, contrario al propio tenor literal de la norma, y a la realidad de las cosas, puesto que lo normal es precisamente que se promueva la declaración para obtener la adecuada asistencia social cuando el hijo del arrendatario queda desasistido por el fallecimiento de su padre o madre, o de ambos sucesivamente, no habiendo necesitado probablemente hasta ese momento promover la declaración de minusvalía por encontrarse asistido hasta entonces por sus progenitores.

El argumento de seguridad jurídica que justifica la decisión de la sentencia no es determinante en sí mismo cuando la propia resolución reconoce situaciones excepcionales referidas a la acreditación de la condición de minusvalía "que, posiblemente habría que admitir, pero siempre respecto de situaciones nítidas de minusvalía ya declarada al tiempo del fallecimiento".

En función de lo razonado, procede la estimación del recurso de casación, y asumiendo la instancia acordamos la desestimación de la demanda. Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: en la interpretación de la Disposición Transitoria Segunda B) de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, apartado 4º, párrafo 3º, en relación con la Disposición Adicional novena de la misma Ley, en materia de subrogación mortis causa, es suficiente para reconocer la subrogación que se produzca la situación de convivencia y el hijo se encuentre afectado por la minusvalía, sin necesidad de que esta hubiera sido declarada en el momento del fallecimiento del arrendatario por el órgano competente.

## 5. CESION, SUBARRIENDO Y RESPONSABILIDAD DE LOS PROGRAMAS

### A) NOCIONES DOCTRINALES PREVIAS: LA SUBROGACIÓN COMO ACTO Y LA CESIÓN COMO CONTRATO

A juicio de LACRUZ BERDEJO<sup>525</sup> la “cesión del contrato” alude al traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la íntegra posición que ocupa en el contrato. En el mismo sentido y con la jurisprudencia, el profesor LASARTE ÁLVAREZ<sup>526</sup> aclara que existirá la cesión de contrato si se dan los siguientes presupuestos:

a) Debe darse el acuerdo unánime del cedente, cesionario y parte cedida, entendiéndose este acuerdo como un consentimiento de las partes que intervienen en dicha cesión.

b) Que se trate de un contrato bilateral<sup>527</sup>.

c) Que las prestaciones y obligaciones contenidas en ese contrato sinalagmático no hayan sido totalmente ejecutadas. Este presupuesto tiene su fundamento en que si el contrato se ha cumplido no tendrá sentido cederlo, puesto que no quedarían prestaciones pendientes de cumplir.

La cesión de contrato presenta ciertas especialidades jurisprudenciales que, si en sus inicios era concebida como negocio atomizado entre la transmisión del activo y la sucesión pasiva, ha evolucionado hasta su actual tratamiento como acuerdo sustitutivo *uno actu* del contratante cedente por el cesionario con autorización, siempre, del cedido<sup>528</sup>.

Dada la riqueza de matices que ha aportado la evolución práctica y la respuesta judicial sobre la cesión de la íntegra posición contractual en la que, en resumidas cuentas, se ceden tanto derechos como obligaciones, conviene examinar de forma

---

<sup>525</sup> LACRUZ BERDEJO, J. Luis: *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 1, Madrid, 2000, pág. 531.

<sup>526</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, 3- Contratos, Madrid, 2011, pág. 133.

<sup>527</sup> Por su parte, CASTAN TOBEÑAS define al contrato bilateral o sinalagmático como aquel que crea obligaciones recíprocas para ambas partes (vid. CASTAN TOBEÑAS, J. (1925). *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo II – Obligaciones y Contratos*, Madrid: Reus, pág. 96).

<sup>528</sup> MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda: “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 713, págs. 1.184 y sigs.

comparada esta institución, tanto por su valor propio como por la clarificadora tarea hecha en favor del mecanismo expromisorio<sup>529</sup>.

La cesión del contrato, según la doctrina del profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, compartida por su discípula la profesora MORETÓN SANZ, es un acuerdo de naturaleza atípica que, basado en la autonomía de la voluntad privada<sup>530</sup>, presenta un ineludible carácter trilateral para que se desplieguen rectamente todos los efectos a que está dirigido.

Por tanto, mediante la cesión del contrato se cede íntegra la posición contractual en el negocio que pervive idéntico, sin otra modificación que la que se refiere a la sustitución de una de las partes en el conjunto de derechos y obligaciones que ostentaba el contratante cedente.

Para RUIZ-RICO<sup>531</sup> se puede definir la cesión arrendaticia como el contrato por el que una de las partes (cedente, arrendatario) transmite a la otra (cesionario) la posición jurídica de la primera en la relación de arrendamiento, en cuya posición queda subrogado el cesionario. El arrendatario cedente es sustituido por el cesionario, de suerte que éste asume sus derechos y obligaciones respecto del arrendador y aquél desaparece de la relación arrendaticia. Implica una sucesión en la titularidad del arrendamiento. Sigue diciendo, que a la cesión del arrendamiento no se refiere el CC de manera expresa, como tampoco lo hace a la cesión del contrato en general. No obstante, se admite al amparo del principio general del art. 1.255 CC. Para su eficacia frente al arrendador se requiere el consentimiento de éste<sup>532</sup>; nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona distinta a la que celebró el contrato con él, como hemos visto que mantenía el maestro LASARTE ÁLVAREZ.

Nos concreta MORENO-TORRES<sup>533</sup> los conceptos referidos al contrato de arrendamiento expresando que, por la cesión del arrendamiento, el arrendatario transmite a tercero su posición jurídica, pero si es la ley la que ordena y permite la sustitución, se habla de subrogación.

---

<sup>529</sup> Op. cit., pág. 1.198.

<sup>530</sup> Vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, 2, pág. 196, y *Principios de Derecho Civil*, 3, y *Contratos*, Madrid, 2008, 11.ª ed., págs. 121 y sigs.

<sup>531</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., *Curso de derecho civil II*, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 283 a 284.

<sup>532</sup> SSTS 23 de junio de 1947, 14 de diciembre de 1950, 5 de julio de 1951.

<sup>533</sup> Op. cit., pág. 22. Por ejemplo, en el caso de sustitución subjetiva del arrendatario en la relación locativa *mortis causa*.

Adicionalmente, el debate entre subrogación y cesión pretende aclarar las similitudes y diferencias de estas dos figuras<sup>534</sup>. Comparto la opinión de mis maestros citados, de preferir el entendimiento de la subrogación como acto y la cesión como contrato<sup>535</sup>.

Recordemos la cita de FONCILLAS<sup>536</sup>, que en el año 1928 nos advertía que se habla de subarriendo y de cesión del arrendamiento, y esos dos vocablos, confundidos corrientemente en el lenguaje vulgar y hasta en el jurídico, han hecho que al tomarlos extensivamente por aquello de que la palabra hace a la cosa, nos han dado dos categorías de conceptos aceptados como axiomáticos por la mayoría de los juristas, y ante los que se impone una revisión histórica y técnica.

La cesión del arrendamiento es aquel contrato mediante el cual el inquilino de una vivienda (cedente) transmite a un tercero (cesionario) los derechos y obligaciones que le corresponden como inquilino en virtud del contrato de arrendamiento pactado con el propietario. Consecuencia de la cesión, el inquilino o cedente queda desligado del contrato de arrendamiento, pasando el cesionario a ocupar su misma posición en el contrato frente al propietario.

Según el artículo 8 de la LAU, el inquilino no puede ceder el contrato de arrendamiento a un tercero a menos que medie el consentimiento expreso y por escrito del propietario.

Si se produce la cesión del arrendamiento con el consentimiento del propietario, el cesionario queda subrogado en la posición contractual del inquilino (cedente) frente al propietario. Ello significa que el contrato de arrendamiento no se modifica, salvo en el hecho de que el inquilino queda sustituido por otra persona, que tendrá en todo caso los mismos derechos y obligaciones que tenía en inquilino.

Como expresa DE CASTRO<sup>537</sup>, el cesionario no podrá alterar el uso o goce de la cosa, sino que tendrá que usarla solo en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario.

Sin embargo, el subarriendo de una vivienda es un contrato en cuya virtud el inquilino o cedente de una vivienda cede a un tercero (subarrendatario) el uso como inquilino de toda o parte de la vivienda que tiene arrendada.

---

<sup>534</sup> Vid. NAVARRO PÉREZ, J.L., *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988 (2ª ed., Córdoba, 1998), pág. 50.

<sup>535</sup> Vid. MORETÓN SANZ, Mª Fernanda: "La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato". *cit*, pág. 1.202.

<sup>536</sup> FONCILLAS, José María: "La Cesión del arrendamiento y el problema de su realidad", *RCDI*, 45, 1928, pág. 671.

<sup>537</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, pág. 153.

A diferencia de la cesión, el subarriendo no extingue la relación contractual entre el propietario y el inquilino, que sigue subsistente en los mismos términos pactados entre ambos. El subarriendo implica el nacimiento de una nueva relación contractual entre el inquilino y el subarrendatario.

Según el artículo 8 LAU, la vivienda arrendada solo se puede subarrendar en parte, no en su totalidad. Por otro lado, para que sea válido el subarriendo requiere el consentimiento expreso y por escrito del propietario.

El contrato de subarriendo de vivienda se regirá por las mismas normas que el arrendamiento de vivienda. Quedará extinguido cuando se extinga el propio contrato de arrendamiento y la renta que pague el subarrendatario no podrá ser superior a la renta que pague el inquilino al propietario<sup>538</sup>.

No en vano, para DE CASTRO<sup>539</sup> la relación jurídica de subarriendo supone un arrendamiento suscrito sobre un arrendamiento, no un simple arrendamiento hecho por un arrendatario, pues nace de un contrato de arrendamiento, idéntico al otro contrato de arrendamiento, produce todos sus naturales efectos, solo en la relación de arrendador y arrendatario y en la de arrendatario (subarrendatario) y tercero.

O como lo define MORENO-TORRES<sup>540</sup>, el subarriendo es un nuevo contrato de arrendamiento celebrado por el arrendatario (subarrendador) con un tercero (subarrendatario), pero sin que aquél abandone la relación contractual.

Respecto a la cesión de vivienda, la más reciente doctrina del Tribunal Supremo<sup>541</sup> establece que la cesión no consentida se produce con la ocupación real y efectiva del cesionario y no antes. Por ejemplo, si no queda probada dicha ocupación o bien, la mera designación en la vivienda de un domicilio social, sin ocupación o aprovechamiento real, no es causa de resolución por cesión<sup>542</sup>.

Y en cuanto a la subrogación, las resoluciones más recientes del Alto Tribunal establecen que si no consta notificación de la subrogación por escrito, no puede deducirse el conocimiento del fallecimiento<sup>543</sup>. También, la conocida doctrina

---

<sup>538</sup> Fuente: [http://www.spaviv.es/portal/informacion/faq\\_lau\\_propietario.php](http://www.spaviv.es/portal/informacion/faq_lau_propietario.php). Fecha consulta: 4/02/2014.

<sup>539</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, págs. 133-135.

<sup>540</sup> Op. cit., pág. 22.

<sup>541</sup> STS 20 de marzo de 2013, Sala Primera de lo Civil, rec. 117/2010.

<sup>542</sup> STS 5 de febrero de 2013, Sala Primera de lo Civil, rec. 2.167/2009.

<sup>543</sup> STS 23 de octubre de 2013, Sala Primera, de lo Civil, rec. 1.184/2011.

jurisprudencial según la cual el contrato suscrito por uno de los cónyuges, constante matrimonio, se rige por la LAU en lo relativo a la subrogación<sup>544</sup>. Así como la doctrina de que el contrato de arrendamiento realizado por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales, y es necesaria la notificación de la subrogación del cónyuge al fallecimiento del titular, porque no hay cotitularidad que se pueda hacer valer<sup>545</sup>.

## 1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL POR LOS PROGRAMAS SOCIALES

En la práctica, el caso más frecuente que pueda ocurrir de responsabilidad de la mercantil local que desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento, como propietaria de las viviendas públicas de los programas sociales, es el impago de las cuotas de comunidad de propietarios de los inmuebles en los que se integran las viviendas.

Los contratos realizados por las entidades establecen la previsión del pago de los gastos de comunidad por las personas que participan en el programa<sup>546</sup>. En el hipotético caso que las cuotas no sean abonadas ni por las personas alojadas, ni por la entidad social, la responsabilidad de su satisfacción es lógicamente de la mercantil municipal propietaria, utilizando para ello y fondos públicos de las arcas municipales. Como ya hemos expresado, la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo, EMVS, es una sociedad anónima con capital cien por cien municipal que desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid desde hace más de treinta años. En cuanto a su objeto social, no solo facilita el acceso a la vivienda a los sectores con mayores dificultades, sino que cumple con otras directrices de la política de vivienda, con un marcado carácter social.

Dicha circunstancia, justifica en alguna ocasión la improcedencia del embargo judicial de sus cuentas derivado de una ejecución de título judicial<sup>547</sup>, tras el

---

<sup>544</sup> STS 22 de octubre de 2013, Sala Primera de lo Civil, rec. 1.301/2011.

<sup>545</sup> STS 22 de abril de 2013, Sala Primera de lo Civil, Pleno, rec. 356/2010.

<sup>546</sup> En los contratos de cesión arrendaticia se establece textualmente lo siguiente: “El/la residente se compromete al pago de la cuota mensual de lo estipulado en el programa de viviendas solidarias (2€ por m<sup>2</sup>). Los pagos se realizarán por mes adelantado, entre el primero de mes y el día 7. La forma se realizará mediante domiciliación bancaria al número de cuenta de la Caixa 2100 3062 48 XXXXXXXXXX y ABD informará mensualmente de los cobros realizados. Así mismo, también se compromete al pago mensual de las cuotas de la comunidad correspondientes y a la tasa anual de basura”.

<sup>547</sup> Léase sentencia.



oportuno juicio declarativo o monitorio en reclamación de dichas cuotas comunitarias, por poder tener naturaleza demanial sus saldos, a tenor de los artículos 5, 6 y concordantes de aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Sabido es que la obligación de los copropietarios de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes, es una obligación personal, es decir, que debe ser cumplida por aquel que es el propietario del inmueble en el momento en que las cuotas se devengan y ya no es obligatorio demandar al titular registral, sino potestativo, lo que resulta más acorde con las circunstancias posibles en la práctica. El artículo 21.4 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal<sup>548</sup> condiciona la posibilidad de dirigir la petición inicial contra el anterior propietario, y así mismo contra el titular registral, a los supuestos en que dicho propietario o titular registral deban responder solidariamente del pago de la deuda y el artículo 9.i) del mismo texto legal establece como supuesto de solidaridad, la falta de comunicación al secretario de la comunidad del cambio de titularidad en la vivienda. Pero al margen de estas precisiones que atañen sólo en lo relativo a la propiedad de la vivienda generadora de las cuotas de comunidad debidas, el Tribunal Supremo nos recuerda en sus sentencias<sup>549</sup> que, un examen de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, exige concluir que el concepto de “cantidades asimiladas a la renta” incluyen el importe del coste de los servicios, suministros y de las cuotas de la comunidad de propietarios.

Por consiguiente, esto nos lleva a la conclusión de que la mercantil municipal podría desahuciar a las entidades sociales arrendatarias y, por ende, a las personas residentes o alojadas que participan del programa<sup>550</sup> por el impago de estas cuotas de comunidad, cantidades asimiladas a renta según la doctrina del Alto Tribunal.

Mi maestra la profesora MORETÓN SANZ<sup>551</sup> ilustra al respecto de la responsabilidad del contratista -análogamente será en nuestro caso la entidad social- que cuando no haya dudas sobre su responsabilidad, no será imputable a la

---

<sup>548</sup> En su última redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (B.O.E. 27 junio), con vigencia desde el 28 junio 2013.

<sup>549</sup> A modo de ejemplo, STS 4916/2011 de 20 de julio de 2011 (Fundamento de Derecho Tercero).

<sup>550</sup> En cuanto al desahucio y subsiguiente lanzamiento con terceros ocupantes, la LECiv. en su artículo 704.2 establece lo siguiente: “Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél, el Secretario judicial responsable de la ejecución, tan pronto como conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución o la pendencia de ésta, para que, en el plazo de diez días, presenten los títulos que justifiquen su situación”.

<sup>551</sup> MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup>. Fernanda: “Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: vis atractiva del orden contencioso versus vis residual de la jurisdicción civil”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 731, págs. 1.549-1.784.

Administración ni se registrarán las consecuencias dañosas por el ordenamiento administrativo.

En suma, como advierte la doctrina al interpretar esta modalidad contractual, el contratista concesionario “asume el deber de hacer frente a las responsabilidades que se pudieran derivar de la gestión del servicio”<sup>552</sup>.

Dado el régimen de concesión de los prestadores privados, a diferencia, por ejemplo, del ámbito educativo cuyo responsable, según pacífica doctrina, será el titular del Centro, en nuestra materia nada impide que sean interpuestas pasivamente acciones tanto contra la Administración cuanto al concesionario, evitando con ello la jurisdicción y ordenamiento privados. En definitiva, las sucesivas reformas procesales imputan, en exclusiva, al orden contencioso-administrativo cualesquiera cuestiones en que intervenga una Administración, poniendo término al peregrinaje de jurisdicciones. Idénticas cuestiones se reproducirán, caso de que la prestación del servicio público sea dispensada por entidad local, recurriendo a alguna de las coberturas previstas en derecho como pueda ser la concesión.

En este punto, téngase presente que, como hemos señalado, la mejor doctrina ha destacado la obligación del concesionario de indemnizar a terceros por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio<sup>553</sup>.

Los pactos arrendaticios de los programas sociales tratados, solo alcanzan a tratar la posible responsabilidad por impago de rentas y suministros, pero como el objetivo de los mismos es orientar, atender y apoyar a la persona o familia acogida al programa, ofreciendo una atención multidisciplinar con el fin de mejorar la calidad de vida de todos sus miembros, no es del todo descabellado imaginar una posible responsabilidad de la entidad social y por ende, de la Administración local a la postre.

Sin embargo, la evidencia aplicable, tanto a los preceptos correspondientes sobre la imputabilidad del daño cuanto a la vía civil competente, si fuese demandado en exclusiva el concesionario, deja sin despejar ciertos aspectos controvertidos.

Es el supuesto de la pretensión resarcitoria ejercida, subsidiaria o directamente<sup>554</sup>, contra la Administración titular del servicio público a la que, en principio, se da

---

<sup>552</sup> BERMEJO VERA, J. (Dir.), *Práctica de la Administración Local*, Barcelona, 2005, pág. 3.538.

<sup>553</sup> MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup>. Fernanda: *Ibidem*.

<sup>554</sup> Téngase presente el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local: “las entidades locales responderán directamente a los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus

respuesta negativa, advirtiéndose por la mejor doctrina que únicamente será viable si concurre la insolvencia del gestor del servicio<sup>555</sup>.

En este punto, téngase en cuenta que la Ley 30/1992 no contempla ninguna previsión sobre los concesionarios y contratistas de las Administraciones Públicas.

Las interpretaciones sobre la distribución de la responsabilidad entre el contratista y la Administración contratante son las siguientes:

1. La Administración contratante tendrá obligación de indemnizar si el daño causado está directamente relacionado a una orden impuesta o en un vicio del proyecto [...] “la Administración también respondería cuando ostentara poderes de dirección, vigilancia y control de la ejecución del contrato y no los hubiera ejercido correctamente, de modo que pudiera afirmarse que había incurrido en culpa *in vigilando*. En este tercer supuesto, la responsabilidad de la Administración concurriría junto a la del contratista”.
2. La segunda imputa la responsabilidad a la Administración con el ulterior ejercicio de las acciones de regreso.
3. Finalmente, es posible que sea el contratista quien asuma, en virtud de la cuenta y riesgo que le corresponde, las consecuencias lesivas, línea preferida últimamente por el Tribunal Supremo.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de este servicio, a la Administración incumbe la potestad de interpretar el contrato, por lo que — siempre y cuando se ventile en un procedimiento administrativo y con audiencia del contratista o concesionario— podrá declarar la responsabilidad del adjudicatario, ventilándose en vía administrativa y luego siendo susceptible de recurso contencioso-administrativo<sup>556</sup>.

Pero en definitiva, lo relevante es que si se tratara de reclamar responsabilidad patrimonial a la EMVS derivada de los programas sociales sobre los que versa este trabajo, la primera cuestión a analizar por el Juzgador, al ser prioritaria, sería la relativa a la falta de legitimación pasiva de aquélla. Habida cuenta que la cuestión central del procedimiento sería que se declare la supuesta responsabilidad patrimonial de la Administración y que es propiamente el Ayuntamiento de Madrid

---

autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

<sup>555</sup> Vid., MESTRE DELGADO, “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en Tratado de Derecho Municipal. MUÑOZ MACHADO (Dir.), Madrid, pág. 1.488.

<sup>556</sup> MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup>. Fernanda: *Ibídem*.

quien deba responder de esta actuación administrativa, no la EMVS, que carece potestades administrativas, por ser una sociedad mercantil anónima que simplemente era la propietaria de la vivienda pública, cedida en el programa social de que se trate. Como entidad independiente que es, no puede verse afectada en forma alguna por los pronunciamientos que pudieran hacerse contra el Ayuntamiento. Salvo que se ejercite alguna acción que afecte de forma directa a la vivienda, que es propiedad de la EMVS.

Por tanto, dado que la eventual estimación de la acción ejercitada carece de alcance alguno contra EMVS, y que no interviene en la relación jurídica en que se fundamenta la hipotética demanda de responsabilidad patrimonial, entiendo que procedería estimar la falta de legitimación pasiva, con la consiguiente desestimación de la demanda respecto de esta codemandada, frente a la responsabilidad, en su caso, del organismo que se trate del Ayuntamiento, que en definitiva es el promotor directo de las políticas sociales promovidas por los referidos programas.

## V. SUPUESTOS DE NOVACIÓN EN EL ARRENDATARIO

### 1. SUBROGACIÓN

Al margen del subarriendo<sup>557</sup> aparte tratado, está la subrogación, que en palabras de RUIZ-RICO<sup>558</sup> y en el marco de la LAU, es el efecto consiguiente a una cesión del contrato voluntariamente acordada por el arrendatario y un tercero que pasa a ocupar la posición de aquél. Pero también aparece como resultado del ejercicio de un derecho que la ley concede a ciertos familiares del arrendatario para cuando éste muere o decide poner fin anticipadamente al contrato.

Cualquiera que sea la causa concreta, la subrogación implica solamente un cambio en la persona del arrendatario. En todo lo demás (renta, duración, derechos y obligaciones), el contrato permanece inalterable. En particular, en cuanto a duración se refiere, el subrogado no puede pretender que empiece a contar de nuevo el plazo mínimo legal, pero sí que el arrendador le mantenga en el uso de la

---

<sup>557</sup> Que ya vimos que si es sobre el total de la vivienda supone, en definitiva, una infracción a la normativa de vivienda protegida porque priva a la misma de su función esencial de ser vivienda habitual y permanente del adjudicatario-arrendatario; y si es parcial, entra dentro de la "picaresca" y es difícil de erradicar por la Administración, pues en las inspecciones nada obsta para que unos "amigos" estén pasando unos días en la vivienda pública, por ejemplo.

<sup>558</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 311 a 315.

vivienda por todo el tiempo que reste para que se cumpla la duración legal o pactada, según los casos.

### a) Subrogación por cesión del contrato

La LAU dedica a la cesión del arrendamiento el apartado 1 del art. 8; en él se precisan sus requisitos y los efectos que provoca. Partiendo de que la persona del arrendatario no es indiferente al arrendador, requisito necesario es el consentimiento de éste, por escrito. Dicho consentimiento, más que un requisito de validez de la cesión, es considerado como presupuesto para que la cesión, operada entre cedente y cesionario, sea eficaz frente al arrendador. La cesión no consentida se sanciona facultando al arrendador para instar la resolución del contrato (vid. art. 27.2. c). No exige la ley que el consentimiento del arrendador tenga que ser previo a la cesión; cabe, por tanto, que se preste con posterioridad. En cuanto a la forma escrita, aunque su exigencia resulta clara del art. 8.1, se reconocen los mismos efectos al consentimiento prestado en forma oral e incluso tácita, siempre que se pruebe su existencia caso de ser necesario acreditarla. No en vano, lo que el art. 27.2. c. sanciona con la resolución del contrato es la cesión no consentida, no la cesión consentida en forma distinta a la prevista en el art. 8.1. Producida la cesión conforme a la ley, como indica el art. 8.1, el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador. Ello significa que el cesionario, a partir de la cesión, queda convertido en arrendatario; no por virtud de un nuevo contrato de arrendamiento que se inicie entonces, sino accediendo al que ya estaba vigente, en las mismas condiciones que lo celebró el arrendatario primitivo y con sus mismos derechos y obligaciones. Aunque, como ya ha quedado expresado, en el ámbito de la vivienda protegida concedida a través de adjudicación, prácticamente, no tiene cabida la subrogación consentida; habida cuenta que la adjudicación es reglada, ponderada y ajustada a las necesidades de vivienda del caso de que se trate, amparando sobretodo la libre concurrencia e igualdad de oportunidades en el proceso.

### b) Subrogación por desistimiento, no renovación del contrato o abandono de la vivienda por parte del arrendatario

Sobre la base de que los actos de disposición de derechos sobre la vivienda habitual, aunque pertenezcan a uno solo de los cónyuges, requieren el consentimiento de ambos (vid. art. 1.320 CC)<sup>559</sup>, el art. 12 LAU reconoce un

---

<sup>559</sup> En analógica consecuencia, la STS 6 de marzo de 2015, Rec. 2.427/2013 establece que no se puede oponer el derecho de uso sobre la vivienda familiar establecido en un pleito de familia al adjudicatario del inmueble en subasta pública a consecuencia del ejercicio de una ejecución hipotecaria, cuando la hipoteca se constituyó sobre el bien antes del matrimonio por el otro cónyuge y por ello no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1.320 del Código Civil. **“Fundamento de Derecho 4º** ... La Sentencia, partiendo de la doctrina de la Sala a que hemos hecho mención y recogido, centra la cuestión en determinar los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familiar. Como la constitución de la hipoteca es previa a la crisis matrimonial no se residencia el debate en el artículo

derecho de subrogación al cónyuge del arrendatario para cuando éste, unilateralmente, decide poner fin al arrendamiento, ya sea manifestando al arrendador su voluntad de desistir del contrato (vid. art. 11 LAU) o no renovarlo (vid. arts. 9 y 10 LAU), ya sea abandonando directamente la vivienda que constituye la sede familiar. Por virtud de este derecho de subrogación, el cónyuge no titular del arrendamiento —al que no pueden perjudicar los actos realizados

---

96. 4 del Código Civil sino en artículo 1.320 del mismo, afirmando que «la jurisprudencia ha interpretado el art. 1.320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 enero 1990 y 31 diciembre 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como "declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte", siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión. Siendo el negocio válido, por haber mediado el consentimiento de la esposa, la conclusión que se alcanza es que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida por la esposa. 4. Si tal doctrina se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil y la doctrina de la Sala sobre el mismo, antes expuesta, en un momento en que no existe matrimonio, ni siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio.»

por el arrendatario sin su consentimiento— puede acceder a la relación arrendaticia pasando a ocupar la posición que el otro cónyuge deja vacante, con sus mismos derechos y obligaciones, y por el tiempo que reste hasta la terminación del contrato. Se trata con ello de permitirle el mantenimiento en la que hasta entonces ha sido su vivienda habitual. Para que opere la subrogación es imprescindible que el cónyuge no titular manifieste al arrendador, en el plazo establecido al efecto, su voluntad de continuar en la vivienda. Cuando la subrogación debe su causa al desistimiento del arrendatario o a su decisión de no renovar el contrato, el arrendador, que será seguramente el primero en conocer tales hechos, podrá requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad de continuar el arrendamiento. Si éste, en el plazo de 15 días, no contesta, el arrendamiento se extinguirá y deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si no estuviere ya abonada (art. 12.2 LAU). El mismo efecto extintivo procederá cuando el cónyuge conteste negativamente el requerimiento del arrendador o cuando, sin mediar requerimiento pero enterado del desistimiento o de la no renovación, ponga en conocimiento del arrendador su decisión contraria a la continuación del contrato. En caso de abandono de la vivienda por parte del arrendatario, sin haber manifestado expresamente su decisión de desistir o de no renovar el contrato, es el cónyuge no titular quien ha de notificar por escrito al arrendador, en el plazo de un mes desde el abandono, su voluntad de continuar el contrato. Si no lo hace, el arrendamiento se extingue quedando obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes (art. 12.3 LAU). El derecho de subrogación por desistimiento, no renovación del contrato o abandono de la vivienda, no se da exclusivamente entre cónyuges; el art. 12, en su apartado 4, lo extiende también a los integrantes de una pareja de hecho. La subrogación, en este caso, se supedita a la concurrencia de un requisito que no se exige cuando de cónyuges se trata (vid. art. 69 CC): la prueba de la convivencia durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubiera descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. La subrogación, por otra parte, no queda limitada a las parejas heterosexuales. Explícitamente, el art. 12.4 la reconoce en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario, de forma permanente, en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual.

No obstante, la situación que dimana de este tipo de subrogación puede suponer respecto al arrendamiento de una vivienda protegida un incumplimiento sobrevenido al reglamento que ampara la adjudicación, pensemos, por ejemplo, si se concedió una vivienda con un número de dormitorios en atención a la unidad familiar que formaba la pareja, con independencia del sexo de los integrantes, ya que cuenta la análoga relación de afectividad.

### A) SUPUESTO PRÁCTICO: ART. 12.4 LAU

En un supuesto práctico se planteaba un juicio ordinario en reclamación de la recuperación de la plena posesión de finca urbana, propiedad de la mercantil

municipal y cedida en arrendamiento. Los litigantes, dos afamados anticuarios, que formaban pareja. El trasfondo jurídico era considerar o no, conforme al artículo 12 de la LAU, el hecho que uno de los componentes de la pareja no habitase de forma permanente la vivienda social por haberla abandonado, como un desistimiento del inquilino al contrato de arrendamiento, del que era titular, posibilitando el continuar la locación en favor del otro componente, no titular de dicho arrendamiento y que únicamente formaba parte del programa o unidad familiar en el expediente de adjudicación de la repetida morada.

El artículo 12 LAU que regula el desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario, señala en su número 4: "Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia".

El mencionado artículo resulta de aplicación, no solo a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados una vez en vigor la Ley de arrendamientos urbanos de 1994, sino también<sup>560</sup> a los concertados a partir del 9 de Mayo de 1985, respondiendo a la protección de la vivienda familiar, tratando de defender de ciertos actos (desistimiento, no renovación del contrato - o de su prórroga - de arrendamiento y abandono, o, lo que es lo mismo, pretenda dejar de vivir con su pareja) llevados a cabo "unilateralmente" por el arrendatario<sup>561</sup>.

En el presente caso, el actor no efectuó notificación alguna al arrendador municipal, por la sencilla razón de que no era intención suya desligarse del contrato de arrendamiento, sino exclusivamente permitir, a quien había sido su pareja, que siguiese habitando la vivienda, hasta tanto se dieran las condiciones óptimas para recuperar la posesión del inmueble. Correlato lógico es la conducta del demandado, quien tampoco llevó a cabo notificación alguna a la empresa arrendadora, manifestando su deseo de ser arrendatario. Tal cosa no la podía hacer porque, obviamente, nunca hubo abandono del titular.

A mayor abundamiento debemos de reseñar que en ningún caso el demandado puede ser considerado arrendatario, toda vez que los contratos se perfeccionan en nuestro derecho mediante el consentimiento, y solo quienes lo prestan adquieren la condición de parte en el contrato, tal y como se desprende del principio de

---

<sup>560</sup> Según su Disposición Transitoria Primera, número 1, párrafo 2º que se remite, a su vez, a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de la Disposición Transitoria Segunda.

<sup>561</sup> Cfr. St. 3 de octubre de 2007, Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. Decimotercera, rec. 513/2007.



relatividad contenido en el artículo 1.257 CC, cuando establece que "solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos".

Por ello en el presente caso, en que consta documentado por escrito el contrato de arrendamiento, en el que aparece como arrendatario únicamente el actor, solo a él puede reputarse como arrendatario, porque fue quien celebró el contrato con la parte arrendadora; "y si bien es cierto que el contrato de arrendamiento proyecta determinados efectos sobre la familia, ello no autoriza a entender que ha suscrito el contrato quien no lo ha hecho, y que el arrendador celebra el contrato no solo con quien directamente y frente a él presta el consentimiento sino también su cónyuge, o sus hijos menores de edad"<sup>562</sup>.

Por lo tanto, concluir que cuando el arrendador celebra un contrato, no solo lo suscribe con quien le presta el consentimiento, sino con las personas con las que convive el arrendatario, contradice el principio de relatividad, esencial de todo nuestro sistema de contratos y obligaciones, y no puede ser admitido ni siquiera a pretexto de antiguas limitaciones a la capacidad de contratar de la mujer casada, so pena de crear retroactivamente nuevas partes en los contratos y desconocer que los actos jurídicos y los contratos se rigen por las normas vigentes al tiempo de su otorgamiento<sup>563</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9 de Julio de 2010, nº 498/2010, rec. 698/2006, fija la siguiente doctrina jurisprudencial, de la que pueden extraerse consecuencias de orden práctico al caso que nos ocupa: *La cuestión que ha accedido a casación es determinar si, en los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuando el marido figuraba como único arrendatario pese a haberse celebrado constante el matrimonio en régimen económico de gananciales y siempre que la vivienda fuese destinada a vivienda familiar, al fallecimiento del marido, la esposa continuaba en el arrendamiento por considerársela también parte arrendataria o, por el contrario, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en relación con la Disposición Transitoria 2ª, es preciso que, para que continúe en el contrato, la esposa comunique, en el plazo de tres meses después del fallecimiento, su intención de subrogarse en la posición del finado.*

*Algunas Audiencias consideraban que debía reputarse que la esposa no firmante en realidad era arrendataria, por lo que, al fallecer el marido, no se producía ninguna modificación en la relación locativa, al permanecer el citado contrato en los mismos términos pactados, si bien entendido exclusivamente respecto de la arrendataria supérstite. Por el contrario, otras Audiencias reputaban necesaria la comunicación del fallecimiento al arrendador y la intención de permanecer en el arrendamiento*

---

<sup>562</sup> Cfr. St. 31 de enero 2008, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Undécima, rec. 835/2006.

<sup>563</sup> Cfr. Art. 2 CC.

*por subrogación del finado, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.*

*Tal contradicción jurisprudencial es actualmente inexistente porque esta Sala ya se ha pronunciado sobre la anterior controversia en las sentencias de 2 de mayo de 2005 (recurso 1913/2001) y 3 de abril de 2009 (recurso 1200/2004). Esta última fijó expresamente doctrina jurisprudencial, en los términos exigidos por el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ser estimatoria del recurso, en el siguiente sentido: “el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento”. Para llegar a esta conclusión se razonó que había que partir de la base de que el contrato de arrendamiento urbano se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el art. 1257 CC.*

*Esto no significa que, como consecuencia de los fines protegidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos, no pueda producirse la sustitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT segunda, B LAU. En relación al régimen económico matrimonial, la sentencia sostiene que la subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes. Las razones son las siguientes:*

*1ª Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales.*

*2ª El derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario.*

*3ª La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la Legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el art.16 LAU, aplicable en este caso en virtud de lo dispuesto en la DT 2, B LAU.*

*En el mismo sentido se ha pronunciado también la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 2010 (recurso 1.275/2005).*

Entre actor y demandado no había vínculo matrimonial, entre otras razones porque era imposible legalmente antes de 2005, pero aún reconociendo que entre

ambos existía una relación de pareja, es obvio que la sentencia que acabamos de reseñar no es de aplicación al caso que nos ocupa, desde el momento en que el titular arrendaticio no ha fallecido y, además, el demandado no es su cónyuge, pero de la misma ha de destacarse que en ningún caso al cónyuge supérstite, se le reconoce la cualidad de arrendatario. Esto es lo fundamental. Si en los supuestos de contratos de arrendamiento suscritos por un cónyuge, en momentos históricos en los que la esposa tenía mermada o limitada su capacidad de contratar, el derecho no puede reconocerle a la mujer la condición de cotitular arrendaticio, ¿cómo va a ser posible reconocerle al demandado derechos arrendaticios, que chocan frontalmente contra el legítimo titular de dichos derechos? Es sencillamente imposible.

### c) Subrogación por muerte del arrendatario

El fallecimiento del arrendatario no provoca, necesariamente, la extinción del arrendamiento. El art. 16, con la finalidad de proteger el interés del grupo familiar en el mantenimiento de la vivienda habitual, concede derecho a subrogarse en el contrato, por el tiempo que reste de vigencia, a ciertos familiares que hayan convivido con el arrendatario. Por esta vía, continuará el arrendamiento siempre que las personas mencionadas quieran hacer uso de la facultad reconocida y reúnan las condiciones exigidas legalmente. Como en los supuestos de los arts. 8.1 y 12 LAU, la subrogación es de carácter exclusivamente subjetivo; el cambio de persona en la posición de arrendatario no altera, en nada, el contenido de la relación arrendaticia ni su duración. Los posibles beneficiarios de la subrogación mortis causa vienen establecidos en el art. 16.1: el cónyuge del arrendatario o persona que hubiere convivido con él de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual; descendientes; ascendientes; hermanos; y otros parientes del arrendatario, hasta el tercer grado colateral, que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100. El nacimiento del derecho de subrogación tiene como presupuesto, además de la muerte del arrendatario y la existencia de alguna de las personas antes citadas (vid. art. 16.1 in fine LAU), la convivencia con el arrendatario al tiempo de su fallecimiento. Salvo en los casos del cónyuge o pareja de hecho —si existe descendencia—, y de descendientes sometidos a la patria potestad o tutela del arrendatario, en los demás supuestos se exige que la convivencia haya durado, como mínimo, dos años, aunque no es imprescindible que se hayan mantenido en la vivienda arrendada (vid. art. 7 LAU). El mismo art. 16, en el párrafo 2, proporciona reglas para resolver los supuestos de concurrencia de varias de las personas mencionadas en el párrafo 1. A falta de acuerdo unánime sobre quién de ellos será beneficiario de la subrogación, rige el orden en que son mencionados en el precepto, salvo en que los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes. Entre los descendientes y entre los ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado, y entre los hermanos, el de doble vínculo sobre el medio hermano. Como regla de cierre, los casos de igualdad se resolverán a favor de quién tuviera una minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por

ciento; en su defecto, de quien tuviera mayores cargas familiares y, en última instancia, en favor del descendiente de menor edad, el ascendiente de mayor edad o el hermano más joven. Para que la subrogación sea efectiva, quien tenga derecho a ella ha de manifestar, al arrendador, su voluntad de continuar el arrendamiento. Lo ha de hacer, como indica el art. 16.3, notificando, por escrito, el hecho del fallecimiento (con certificado registral de defunción) y la identidad del subrogado, con expresión del parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse (matrimonio, parentesco, convivencia...). Si en el plazo de tres meses, desde la muerte del arrendatario, el arrendador no recibe tal notificación, el arrendamiento se extinguirá. Los que tenían derecho de subrogación quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de los mencionados tres meses, salvo aquéllos, más diligentes, que hubiesen notificado su renuncia a la subrogación en el plazo del mes siguiente al fallecimiento. Producida la extinción por falta de notificación, el arrendador podrá desahuciar a quienes estén ocupando la vivienda. Puede ocurrir que el arrendador reciba más de una notificación tendente a la subrogación. Si son varios los que la pretenden, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión a subrogarse (art. 16.3.2 LAU). Esto significa que, mientras resuelven entre ellos la situación, el arrendador puede, si quiere, exigir de cualquiera el pago íntegro de la renta. Si alguno renunciare después, tendrá acción de repetición contra el subrogado por todas aquellas cantidades que hubiere satisfecho en virtud del arrendamiento. En el marco de los arrendamientos cuya duración inicial sea superior a tres años, la Ley permite pacto de las partes excluyente de la subrogación por fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los tres primeros años de duración del arrendamiento. Existiendo este pacto, la muerte del arrendatario pondrá fin a la relación arrendaticia. Claramente se deduce del precepto que en los arrendamientos de duración inicial inferior a tres años no es admisible, en ningún caso, el pacto de exclusión de la subrogación. También para contratos de duración inicial superior a tres años, permite el art. 16 el pacto de limitación de la subrogación. Por virtud de este pacto, las partes acuerdan que el arrendamiento se extinga a los tres años de su inicio si el fallecimiento del arrendatario acaece con anterioridad. En esta hipótesis, la muerte del arrendatario no extingue el contrato; estando todavía el arrendamiento en periodo de garantía, podrá subrogarse cualquiera de las personas mencionada en el art. 16.1 y continuar en la vivienda, pero sólo hasta el transcurso de los tres años.

## B) RÉGIMEN JURÍDICO SEGÚN LA FECHA DE LOS CONTRATOS

Como se expresado, a través de la figura jurídica de la subrogación, algunas personas que conviven con el arrendatario-adjudicatario de vivienda protegida en régimen de arrendamiento pueden sustituirlo en el contrato asumiendo todos sus derechos y obligaciones, ya sea por medio de una cesión o por fallecimiento, aunque dada la rigidez normada de la adjudicación y aún con la anuencia genérica

del art. 8.1 LAU de la Administración o poder adjudicador, actualmente es casi siempre solo por fallecimiento. Tengamos en cuenta que, respecto de los arrendamientos de viviendas de protección oficial, la Disposición Transitoria Quinta de la LAU, dispone para aquellos que subsistan a 1 de enero de 1995 que continuarán rigiéndose por la normativa que les viniera siendo de aplicación, lo que frecuentemente y para determinados aspectos, son las normas comunes arrendaticias.

La LAU, a través de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda se ocupa de regular, entre otras cosas, la subrogación en los contratos celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1995 y que siguen vigentes en esa fecha.

En concreto, la Disposición Transitoria Primera regula todo lo relativo a los contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, mientras que la Segunda se encarga de la regulación de los celebrados con anterioridad a dicha fecha. Por ello, para establecer el régimen de la subrogación aplicable a cada contrato, será determinante la fecha de su celebración.

Para los contratos ultimados a partir del 9 de mayo de 1985<sup>564</sup> y que subsistan a 1 de enero de 1995, la Disposición Transitoria Primera declara aplicable a este tipo de contratos la normativa que en materia de subrogación prevé la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (TRLAU), a excepción de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 24, referente a las subrogaciones familiares "inter vivos", que quedan expresamente prohibidas.

En consecuencia, el régimen aplicable a las subrogaciones en los contratos celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985, es el contenido en los arts. 58 y 59 de la Ley de 1964. Estos artículos determinan la posibilidad de que una vez que fallezca el titular del contrato de arrendamiento puedan producirse dos subrogaciones.

La primera subrogación se caracteriza por su gran amplitud, pues pueden sustituir al titular del contrato, su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, imponiendo en alguno de estos casos el requisito de que hubieran convivido con el fallecido al menos durante los dos años anteriores a su fallecimiento. La segunda subrogación, sin embargo, es un poco más limitada, pues sólo se autoriza con respecto al cónyuge o a los descendientes. En cualquier caso, dichas subrogaciones se mantienen hasta la muerte del subrogado, de forma que un contrato de arrendamiento celebrado en las fechas indicadas puede llegar a tener una duración temporal considerable.

---

<sup>564</sup> Pues los contratos que se celebraron con posterioridad a esta fecha se caracterizan por haberlo hecho al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 del llamado "Decreto Boyer", que permitía a las partes fijar libremente tanto la renta como la duración del contrato.

Los contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, que por la fecha de su celebración están obligatoriamente sujetos a la prórroga indefinida, se rigen por lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la LAU, que aún introduciendo notables modificaciones, declara aplicable el régimen previsto en la Ley de 1964.

En concreto hay que distinguir tres supuestos:

1.- El primer supuesto previsto por la Ley es que el inquilino titular del contrato fallezca a partir de la entrada en vigor de la Ley, es decir, con posterioridad al 1 de enero de 1995, en cuyo caso se establece que la subrogación a que se refiere el art. 58 de la Ley de 1964 sólo puede tener lugar a favor de las siguientes personas:

- Del cónyuge del arrendatario, de manera que el contrato se extinguirá al fallecimiento de aquél, salvo que al tiempo del fallecimiento hubiese hijos del arrendatario que conviviesen con él, que se subrogarán por un período de dos años o hasta que alcancen la edad de veinticinco años, si esta fecha es posterior.

- De los hijos del arrendatario que conviviesen con él los dos años anteriores a su fallecimiento, extinguiéndose el contrato a los dos años o en la fecha en que cumpla veinticinco años, si ésta fuese posterior.

Si durante los diez años siguientes a la entrada en vigor de la Ley, la subrogación tiene lugar a favor de un hijo mayor de sesenta y cinco años o que fuera perceptor de prestaciones públicas por jubilación o invalidez permanente, el contrato se extinguirá por el fallecimiento del hijo subrogado.

2.- El segundo supuesto se refiere a la posibilidad de que tras la entrada en vigor de la Ley fallezca la persona que a su vez se hubiese subrogado en la posición del titular del contrato de arrendamiento. De producirse esta circunstancia, se podrán subrogar las siguientes personas:

- Su cónyuge, extinguiéndose el contrato a su fallecimiento.

- Los hijos del arrendatario que habitasen en la vivienda arrendada y hubiesen convivido con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento, extinguiéndose el contrato a los 2 años cuando el hijo cumpla veinticinco años si esta fecha es posterior.

A este supuesto es de aplicación lo dicho en el punto anterior en relación a la subrogación de un hijo mayor de sesenta y cinco años o perceptor de las citadas prestaciones.

3.- Por último, se prevé el supuesto de que las dos subrogaciones permitidas por la Ley de 1964, se hayan efectuado antes del 1 de Enero de 1995. En este caso, al fallecimiento de la persona que ocupase la vivienda por segunda subrogación, ya no se autorizan ulteriores subrogaciones.

En cuanto a la forma de la subrogación, el artículo 16.3 LAU, aplicable a los contratos anteriores a dicha ley en virtud de la Disposición Transitoria Segunda apartado B párrafo 9, exige, so pena de extinción del contrato, la notificación “por escrito”; se plantea si se trata de un requisito *ad probationem* o *ad solemnitatem*. Se concluye a favor de la primera de las opciones. La forma escrita sólo facilitará la prueba, pero no se excluirá la subrogación en aquellos supuestos en que quede cumplidamente probado que se efectuó la notificación al arrendador por cualquier medio en plazo, notificación que deberá comprender el hecho del fallecimiento y la voluntad de subrogarse, con indicación de la identidad del subrogado y de los presupuestos legalmente exigidos, a tal fin serán eficaces todos los medios de prueba.

La Disposición Transitoria Segunda apartado B establece para la subrogación orden de prelación irrenunciable, dice “solo” y “en su defecto”, frente a la dicción del antiguo art. 58 del TRLAU que decía “podrán”. Ahora bien, cabe la renuncia de posibles beneficiarios del mismo grado; es decir, el cónyuge no puede renunciar a favor de los hijos, pero de ser dos los hijos, uno puede renunciar en beneficio del otro.

En los supuestos de los números cuatro y cinco de la Disposición Transitoria Segunda, apartado B de la LAU, es necesario que al tiempo del fallecimiento haya sido reconocido el grado de incapacidad del hijo por resolución administrativa o basta con que concurra la incapacidad en ese momento? Se considera que basta con que concurra la incapacidad, aunque no haya sido formalmente declarada o reconocida. En estos casos el problema será de prueba: el hijo subrogado deberá acreditar que al tiempo del fallecimiento de aquel respecto de quien haya de subrogarse estaba ya afectado por la minusvalía en el grado exigido por la ley.

Respecto de la subrogación *mortis causa* del cónyuge o continuación del arriendo por derecho propio, conocida como “cotitularidad”, existía en las audiencias provinciales una jurisprudencia menor contradictoria entre dos posturas, una que consideraba que el arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio para la familia, comportaba la cotitularidad de ambos, aunque sólo hubiera sido suscrito por uno de ellos, y la otra que consideraba que el único titular era el contratante, por lo que era necesaria la subrogación a su fallecimiento. Pero, como ya vimos, el Tribunal Supremo resolvió esta contradicción<sup>565</sup>.

---

<sup>565</sup> Vid. Coord. CREMADES MORANT, J. (2011). “Conclusiones Seminario Arrendamientos Urbanos: Novedades Legislativas. El Desahucio. Madrid, 9. 10 y 11 de febrero de 2011”, Relatora: Ángels Gomis Masqué, CGPJ, [En línea]. [www.icam.es/docs/observatorio/obs\\_25266.pdf](http://www.icam.es/docs/observatorio/obs_25266.pdf).

### C) RECIENTE DOCTRINA DEL TS AL RESPECTO

Como corolario de la contradicción entre las audiencias provinciales inmediatamente antes mencionada, el TS sentó doctrina también respecto a que la subrogación del alquiler de una vivienda tras la muerte del titular exige la comunicación formal al arrendador en tres meses, según STS, entre otras muchas, de 30 de mayo de 2012<sup>566</sup>.

La doctrina jurisprudencial declarada por el Tribunal Supremo en sentencia de tres de abril de 2009<sup>567</sup> establecía: “4º. Declarar como doctrina jurisprudencial que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.” Dicha doctrina es mantenida en las sentencias de 10 de marzo de 2010 y de nueve de julio del mismo año y además es expresamente reiterada en su fallo por la STS de 22 de noviembre de 2010. Esta última sentencia citada, recoge como razones para tal conclusión:

“1ª Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales.

2ª El derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario.

3ª La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la Legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el art 16 LAU, aplicable en este caso en virtud de lo dispuesto en la DT 2, B LAU”. Además, tales razones resultan también aplicables, aunque el contrato se suscribiera constante matrimonio por el marido con anterioridad a la reforma de los art. 62 y 63 del Código Civil operada en 1975.

### D) SUPUESTO PRÁCTICO: FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN

A la cesión mortis causa, propiamente denominada subrogación, se aplican las normas de la LAU, aunque se trate de vivienda protegida e incluso en acceso diferido a la propiedad, ya sea en la jurisdicción civil como en la contencioso-administrativa, pues la preferencia de la normativa arrendaticia frente a la común,

---

<sup>566</sup> Recurso nº 1.978/2012, en dicha sentencia, el Tribunal Supremo no considera un consentimiento tácito el que el arrendador conozca el fallecimiento del titular de la vivienda o que esta sea ocupada por un familiar, para que se produzca la subrogación del art. 16 de la LAU.

<sup>567</sup> ROJ 2.464/2009, de la que fue ponente Dª Encarnación Roca.



como ya hemos visto, lleva a considerar que el arrendamiento suscrito por uno de los cónyuges constante el matrimonio no forma parte de la sociedad de gananciales.

Se plantea en las presentes actuaciones<sup>568</sup>, por la parte actora, una acción a través de la cual se solicita la extinción del contrato de arrendamiento de vivienda por falta de notificación de la subrogación mortis causa, tras el fallecimiento del arrendatario, debiendo condenarse a la familiar ocupante a estar y pasar por dicha declaración.

La titular arrendaticia falleció sin que la demandante tuviera conocimiento de dicho extremo hasta que detectó un ingreso en efectivo de 356,30 euros en una de las cuentas de las que es titular la EMVS, pudiendo comprobar la actora que el autor del ingreso era la hoy demandada, no siendo, en cualquier caso, su importe, el convenido en el contrato de arrendamiento. Así las cosas, al haber transcurrido mucho más de tres meses desde el fallecimiento de la inquilina sin que se hubiera notificado al arrendador tal circunstancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.3 de la LAU habrá de producirse la extinción automática del arrendamiento con las consecuencias a ello inherentes para la ocupante del inmueble.

Entrando a conocer del fondo de la cuestión litigiosa ha de ponerse de relieve cómo nuestra Jurisprudencia, en Sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Granada de 15-01-10, señalan que ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009 indicó que en este tipo de supuestos ha de partirse “de una base jurídica indiscutible: el contrato de arrendamiento urbano se celebra entre dos personas que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el art. 1.257 CC. Esto no significa que, como consecuencia de los fines protegidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos, no pueda producirse la sustitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y, entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU”.

La norma del art. 16 LAU constituye una excepción a la regla general de la extinción del arrendamiento por muerte del arrendatario, y está supeditada al cumplimiento, entre otros requisitos, de la notificación al arrendador de la subrogación en plazo hábil.

---

<sup>568</sup> Cfr. St. 24 de junio de 2013, Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Madrid, Juicio Ordinario 1.210/2012.

Por tanto, en caso de que la demandada no diese cumplimiento a la notificación establecida en el artículo 16. 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, es decir, dejase transcurrir el término de los tres meses desde la muerte del arrendatario sin notificar al arrendador su decisión de quedar subrogada en sus derechos y obligaciones, tal situación debe producir, como efecto directo e inmediato, la extinción de la relación arrendaticia pretendida por la parte demandante, destacando al respecto nuestros Tribunales que, aunque sigamos una interpretación que supere exigencias formales, ello no permite eludir la opción por la que se ha decantado el legislador del año 1994, anudando, inequívocamente, a la falta de notificación en plazo, la extinción de la relación contractual, y ello cualquiera que sea la forma de notificación, cuya realidad, en el plazo marcado en la ley, puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

Como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 2 de septiembre de 2008, refiriéndose a la subrogación prevista en la LAU, "Existe coincidencia entre la generalidad de las Audiencias Provinciales al entender que la notificación, en la forma que establece el artículo 16. 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se convierte en requisito ineludible para que pueda operar la subrogación legal (en ausencia o incluso en contra de la voluntad del arrendador)<sup>569</sup>.

Para cumplir con la expresada norma no basta con acreditar el hecho de que el actor tenía conocimiento del óbito producido, por cuanto, aún siendo cierto y quedando constatado probatoriamente dicho extremo en estos autos que, al menos, desde la obtención del certificado de empadronamiento, la EMVS conocía que la anterior arrendataria había fallecido, ello no es suficiente para desvirtuar la conclusión anterior ni para acreditar la notificación al arrendador del fallecimiento del arrendatario, el cual acaeció nada menos que en el año 2007, sin que pueda entenderse producido un consentimiento expreso ni tácito de la propiedad a la subrogación, habida cuenta de que no puede ignorarse que el consentimiento produciría una mutación personal del vínculo arrendaticio que, fuera de los supuestos contemplados en la Ley, no puede presumirse<sup>570</sup>.

---

<sup>569</sup> En este sentido, además, de las ya citadas en dicha resolución, las sentencias de 14 diciembre de 2007 y 30 de noviembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª); de 11 de diciembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) y de 7 de noviembre de 2007 (Sección 13ª), ésta última con cita de las de 9 de diciembre de 1999, 30 de septiembre de 2000 y 15 de julio de 2002 de la misma Sección; de 11 de abril de 2006 de la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª); de 3 de junio de 2004 de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª); de 28 de enero de 2004 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª); de 11 de marzo de 2003 de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª); de 25 de febrero de 2003 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 5ª); y, de 18 de marzo de 1997 de la Audiencia Provincial de Toledo (sección 2ª).

<sup>570</sup> SSTs 3 de marzo de 1956, 26 de mayo de 1981, 22 de noviembre de 1982, 24 de febrero de 1984, 7 de octubre de 1986 y 7 de julio de 1989, entre otras muchas.

Por otra parte, no puede ignorarse que corresponde a la demandada la carga probatoria de acreditar, como afirma, que la EMVS tenía perfecto conocimiento de que la demandada vivía en el inmueble.

No figura, tampoco, demostrado ningún acto de la propiedad que reúna el carácter inequívoco propio de los *facta concludentia* en orden a considerar producida la implícita aquiescencia a la subrogación, pues el hecho de que con posterioridad al fallecimiento del arrendatario se hubiera podido cobrar algún recibo por la EMVS no equivale a prestar reconocimiento tácito a la subrogación, ya dichos pagos no pueden interpretarse como cumplimiento de la notificación legal exigida, sino, por el contrario, deben entenderse en el marco del derecho del arrendador a percibir tales sumas, no ya en concepto de rentas del arrendamiento sino como contraprestación económica por la ocupación de la vivienda por tercera persona ajena a la relación arrendaticia extinguida por el transcurso del tiempo, como corrobora el hecho de que en la propia norma -artículo 16. 3- en previsión de que pueda producirse esta anómala situación, se dispone que las personas que con derecho a subrogarse no lo hagan en los tres meses siguientes al fallecimiento del arrendatario, quedan obligados -solidariamente si hubiese varios- al pago de la renta, sin que el hecho de que el arrendador hubiera seguido cobrando las rentas implique, necesariamente, la aceptación de la subrogación en la posición del inquilino, siendo el pago de la renta una mera contraprestación a la tenencia de la cosa, hasta el momento de la extinción de la prestación del arrendador, consistente en la cesión del uso de la finca<sup>571</sup>.

Respecto del consentimiento tácito a la cesión que se atribuye a la EMVS en el escrito de contestación, debemos recordar que es también doctrina reiterada<sup>572</sup> que únicamente son actos propios los caracterizados por una clara, expresa, y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo el propio acto revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados. Los actos propios, para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado<sup>573</sup>. En el caso que nos ocupa no puede considerarse probada la novación contractual que se invoca en tanto que no consta la realización, por el demandante, de ningún acto que pueda significar aceptación de la continuación con la demandada de la relación arrendaticia.

Por todo ello, al no constar acreditado, en forma alguna, la recepción por el arrendador, dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del arrendatario, ni en ningún otro momento posterior, de la oportuna notificación de tal hecho con

---

<sup>571</sup> En este sentido, entre otras, SSTs 3 de julio de 1990 y 17 de marzo de 1992.

<sup>572</sup> SSTs 27 de julio y 5 de octubre de 1987, 15 de julio de 1989, 18 de enero y 22 de julio de 1990 y 16 de septiembre de 2004.

<sup>573</sup> SSTs 30 de septiembre de 1996 y 20 de junio de 2002.

la consiguiente identidad del supuesto subrogado, habida cuenta de la inexistencia de una declaración de voluntad favorable a la continuidad por parte de la actora y dado que la demandada no ha aportado un principio de prueba bastante de que cumple los requisitos legales para subrogarse, es por lo que procede estimar la demanda origen de las presentes actuaciones declarando extinguido el contrato de arrendamiento suscrito sobre la vivienda, condenando a la demandada al desalojo de la misma bajo apercibimiento de lanzamiento en caso de no verificarlo.

En este otro asunto<sup>574</sup>, los recurrentes interponen recurso contencioso-administrativo, contra EMVS, en relación a la desestimación presunta de su solicitud, sobre reconocimiento a su favor de los derechos hereditarios, que correspondían al fallecido dimanantes de una vivienda integrada en una antigua colonia municipal. Fundamentando su impugnación, en que el padre del fallecido fue declarado en el año 1965 beneficiario por el Patronato Municipal de la Vivienda de la vivienda sita en la colonia referida de Madrid, habiendo abonado el diez por ciento del precio fijado y suscribiendo contrato provisional de adjudicación. El fallecido se vio obligado a desalojar la vivienda por los graves desperfectos sufridos por las obras del Metro ejecutadas en la zona, produciéndose posteriormente la demolición de la vivienda, si bien consta que se habían satisfecho todas las cuotas, por lo que es considerado como propietario de la vivienda. Que una vez fallecido el hijo del beneficiario, sus derechos han pasado a su heredera, la recurrente, por lo que resultaba de aplicación los derechos en materia civil de la sucesión *mortis causa*, sucediendo al heredero su causante en todos sus bienes y derechos, por lo que solicitaba la estimación de la demanda, y anulando la resolución dictada se declarara su derecho como adjudicataria de vivienda al sitio en que se encontraba la antigua colonia y con las características pactadas.

Se opone la Administración demandada alegando que lo que se solicita por la actora son los derechos sobre la vivienda integrada en la antigua colonia, vivienda sobre la que tenía acceso diferido a la propiedad el fallecido, pero que sufrió graves desperfectos que aconsejaron su demolición; y que si bien se habían satisfecho las cuotas, no se había producido la liquidación, correspondiendo el dominio a la EMVS; y que como consecuencia de ello, el fallecido fue realojado adjudicándole otra vivienda en régimen de alquiler. Que se le ofrece al fallecido una vez resuelta la situación constructiva una nueva vivienda en una promoción, siempre que cumpliera todos los requisitos legales, si bien no se llegó a materializar por el fallecimiento del mismo. Que respecto de las pretensiones de la actora, considera que no cumple con los requisitos del RD Legislativo 1/1992, ya que la actora nunca tuvo como residencia habitual la del realojo ni la anterior, ni cumple por tanto los demás requisitos establecidos, al considerar que el derecho de realojo es personal y que corresponde al titular del derecho originario que implica la exclusión de los

---

<sup>574</sup> Cfr. St. 26 de junio de 2013, Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 19 de Madrid, Procedimiento Ordinario 173/2011.

causahabientes, alegando también que se ha preconstituido la prueba al haberse empadronado al fallecido en el domicilio de la hoy recurrente tres días antes de su fallecimiento, y habiendo otorgado testamento dos días antes del mismo, por lo que solicitaba la desestimación de la demanda.

Al respecto el juzgador dice, lo que la actora pretende es aplicar sus derechos hereditarios en virtud de testamento sobre los derechos que tenía el causante como adjudicatario en régimen de compra y venta de una Vivienda de Protección Oficial ubicada en Madrid al sitio donde se encontraba la antigua colonia, con las características pactadas, al considerar que el causante tenía la condición de propietario al haber satisfecho la totalidad de las cuotas.

Consta acreditado que los derechos sobre la vivienda inicialmente adjudicada al causante de la colonia, fue objeto de un Convenio de Realojo firmado entre el causante y la EMVS por causa de una necesidad de actuación sobre la misma, debida a los desperfectos se causaron por las obras de prolongación del Metro; Convenio de Realojo, mediante el cual la EMVS cedía al causante la vivienda de una promoción y el interesado renunciaba expresamente a favor de la EMVS a cuantos derechos le correspondieran sobre la anterior vivienda, es decir, la de la colonia; señalando también, que la vivienda que se cedía mediante ese contrato era para el inquilino y familiares incluidos en el programa familiar.

La demandante apoya su petición en la aplicación de sus derechos hereditarios conforme al Código Civil, y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 6-4-2006; sentencia que viene a establecer lo siguiente: “La tesis actora no puede ser compartida porque esta Sala, en aplicación de asentada doctrina del Tribunal Supremo, ha venido sosteniendo en reiteradas ocasiones que el contrato de acceso diferido a la propiedad tiene una naturaleza peculiar, caracterizada por un régimen mixto, pues, durante la vigencia del contrato, el beneficiario tiene la condición de arrendatario y únicamente cuando es satisfecha la totalidad de las cuotas de amortización y se produce la elevación a escritura pública, adquiere la propiedad de la vivienda. Por ello, como en el presente caso, en el momento del fallecimiento del titular de la vivienda, aún no se había completado totalmente el pago de las cuotas de amortización, dicho titular tenía la condición de arrendatario y no de propietario, por lo que resulta correctamente aplicada por la Administración la legislación de arrendamientos urbanos, y no el régimen sucesorio del Código Civil, en el acto cuya revisión de oficio ha sido denegada”.

En efecto, constituye doctrina jurisprudencial constante y reiterada del Tribunal Supremo que, en estos casos de viviendas de protección oficial que fueron adjudicadas en régimen de acceso diferido a la propiedad<sup>575</sup>, la norma que debe aplicarse en los casos de fallecimiento del adjudicatario, a efectos de subrogación

---

<sup>575</sup> Tanto las adjudicadas conforme a la Ley de 15 de julio de 1954 y sus Decretos de desarrollo de 24 de junio y 11 de noviembre de 1955, como las que lo fueron al amparo del Decreto 2.114/1968, de 24 de julio.

en la titularidad de la adjudicación, no es la norma de la sucesión hereditaria común del Código Civil, sino la que regula la subrogación en los arrendamientos urbanos. Norma, esta última, que debe ser aplicada hasta el momento en que las cuotas de amortización hayan sido íntegramente satisfechas<sup>576</sup>, circunstancia ésta de pendencia del pago íntegro de las cuotas de amortización que, como antes se dijo, concurre en el presente caso.

Difícilmente puede admitirse que la hoy demandante tenga algún derecho sobre la expectativa que pudiera tener el causante sobre la vivienda a adjudicar en la promoción, cuando no se había materializado ningún acto sobre la misma, y el causante había renunciado a los derechos que pudieran corresponderle sobre la anterior vivienda de la colonia; pues aunque el causante pudiera ostentar algún derecho sobre esa nueva vivienda al haberse pagado todas las cuotas anteriores estipuladas en el contrato, debía practicarse la oportuna liquidación y producirse la consiguiente elevación a público de la escritura de compraventa, lo que no había sucedido en el momento del fallecimiento, por lo que el dominio no se había transmitido, perteneciendo aún a la EMVS.

En consecuencia con lo anterior, la legislación que resultaría aplicable al caso presente no sería la hereditaria del Código Civil sino la de la LAU, que requiere la existencia de una situación de parentesco y una convivencia con el causante anterior al fallecimiento de dos o tres años, circunstancias que no concurren en la demandante que únicamente está designada heredera del causante mediante testamento, y sin que se haya acreditado la relación de parentesco ni la convivencia anterior, ya que, en todo caso, la convivencia debería contarse a partir del empadronamiento del causante en la vivienda que ocupaba la hoy actora, hecho que se produce tres días antes del fallecimiento, por lo que le sería de aplicación la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 3-2-2009 que en una cuestión similar decía lo siguiente: "Centrada la cuestión objeto de debate se trata de determinar si efectivamente el actor puede tener derecho a la subrogación motriz causa solicitada respecto de la vivienda, vivienda que fue cedida a favor de su madre y que falleció. Respecto de cuál es la normativa aplicable en estos supuestos, el artículo 53, párrafo cuarto, del Decreto 3.148/1978, de 10 de noviembre, dispone que en materia de subrogaciones se estará a lo dispuesto en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (concretamente hay que estar a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994). Además, existe una reiterada doctrina jurisprudencial que expresa que, en estos casos de viviendas de protección oficial que fueron adjudicadas en régimen de acceso diferido a la propiedad, la norma que debe aplicarse en los casos de fallecimiento del adjudicatario, a efectos de subrogación en la titularidad de la adjudicación, no es la norma de la sucesión hereditaria común del Código Civil, sino la que regula la subrogación en los arrendamientos

---

<sup>576</sup> SSTS 8 de julio de 1981, 18 de mayo de 1982, 26 de mayo y 10 de noviembre de 1999, entre otras muchas.

urbanos. Norma esta última que debe ser aplicada hasta el momento en que las cuotas de amortización hayan sido íntegramente satisfechas<sup>577</sup>. Y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 que se refiere a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, como es el caso, introduce importantes modificaciones en el ámbito de la subrogación respecto de la regulación recogida en la anterior legislación, Ley de Arrendamientos Urbanos de 11 de junio de 1964.

Así dispone que: “Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, continuarán rigiéndose por las normas relativas al contrato de inquilinato del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de esta disposición transitoria. A partir de la entrada en vigor de esta ley, la subrogación a que se refiere el art. 58 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento, en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento”.

Por tanto, los requisitos que se exigen para que sea posible la subrogación *motriz causa* de acuerdo con la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 es necesario tener una relación de parentesco con el inquilino fallecido y al menos una convivencia con el fallecido de dos o de tres años con anterioridad al fallecimiento del titular, según la relación de parentesco que se tenga.

Que en consecuencia a todo lo anterior, la demanda debe desestimarse declarando que la resolución impugnada se ajustaba a derecho.

## 2. SUBARRIENDO Y CESIÓN (ART. 1.550 CC<sup>578</sup>)

Respecto a quién puede subarrendar, LUCAS FERNÁNDEZ<sup>579</sup> afirma que la redacción del art. 1.550 CC configura la relación arrendaticia en términos

---

<sup>577</sup> Pueden citarse las SSTs 8 de julio de 1981, 18 de mayo de 1982 y otras muchas posteriores, entre ellas la más reciente de 26 de mayo de 1999.

<sup>578</sup> Art. 1.550. *Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador.*

generales como una relación en la que no juega el *intuitu personae*. En consecuencia, se permite que el arrendatario pueda colocar a otra persona en el goce o uso de la cosa y esto lo puede hacer: o celebrando con ella un subarriendo, es decir un nuevo contrato de arrendamiento o mediante cesión del contrato de arrendamiento aunque ya veremos más adelante si esto es posible o no. Estas posibilidades pueden serles negadas por el arrendador estipulando en el arrendamiento la prohibición de subarriendo o que no puede subarrendar sin consentimiento del arrendador. En estos casos sólo podrá subarrendar con el consentimiento del arrendador. Pactadas estas estipulaciones, y obtenido el consentimiento para subarrendar, este consentimiento no supone un levantamiento de la limitación para subarrendar para otros sucesivos subarriendos.

En cuanto al objeto del subarriendo, afirma el autor que es la cosa arrendada o parte de ella, o parte de los distintos usos o aprovechamientos que la cosa arrendada pueda proporcionar, siempre que con ello no vulnere las propias limitaciones a que esté sometido en su disfrute a virtud del contrato arrendamiento. Por ejemplo no podrá ceder la cosa en subarriendo para un uso o destino que no sea el pactado en su arrendamiento o en contradicción con tal uso o destino.

Distinta del subarriendo aunque a menudo confundida con él por la doctrina, es esta figura de la cesión de arrendamiento. En virtud de ella el cedente (arrendatario) transmite a la otra parte, cesionario, el conjunto de derechos y obligaciones que integran la posición jurídica del arrendatario en la realidad jurídica de arrendamiento, en cuya posición queda subrogado el cesionario adquirente. Me refiero sólo a la transmisión *inter vivos*, más concretamente a la transmisión por contrato.

LUCAS FERNANDEZ recoge la opinión de CASTÁN TOBEÑAS<sup>580</sup> al respecto de si puede el arrendatario ceder el contrato, afirmando que la cesión de los derechos que engendra al arriendo es admisible con arreglo al 1.112 CC y estará sometido a las reglas generales salvo que en el arriendo se haya establecido prohibición de ceder o de subrogar (cfr. STS 29-IV-54). La verdadera y propia cesión de arrendamiento ofrece mayores dificultades a la vista de los arts. 1.257 y 1.550 CC, y en general los principios de nuestro CC contrarios a la admisión de la sucesión particular en las deudas. Puede ceder el arriendo con el consentimiento del arrendador salvo que la Ley disponga otra cosa. La postura de la jurisprudencia del TS es en definitiva la de no permitir la libre cesión del arrendamiento (entre otras STS 14-VII-50, 5-VII-51, 28-IV-66).

---

<sup>579</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F. en *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia tomo 2, Madrid 1993, P. 1.078 a 1.080.

<sup>580</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J, *Derecho Civil, IV*, Ed. Reus, 1995, Pp. 301 a 303.



Entiende sin embargo el citado autor que dentro de la distinción que hace DE CASTRO<sup>581</sup> entre cesión de arrendamiento como cesión de los derechos del arrendatario, y cesión de arrendamiento en el sentido de cesión total de derechos y obligaciones del arrendatario, la primera sería admisible salvo prohibición del arrendador, puesto que deja a salvo la responsabilidad del arrendatario al cumplimiento del contrato para con el arrendador; pero no sería ya una cesión de contrato de arrendamiento.

En cuanto a las diferencias entre subarriendo y cesión de arrendamiento. Son las siguientes: a) El subarriendo implica un nuevo contrato de arrendamiento y las relaciones que produce son las propias del contrato de arrendamiento, mientras que la cesión significa el traspaso que el arrendatario hace de sus derechos y obligaciones a un tercero con todas las acciones que le son anejas en los distintos casos y momentos de su ejercicio y de aquí que se haya dicho que la cesión del arrendamiento es un derecho de simple tracto mientras que el subarriendo es un derecho de tracto sucesivo (STS 2-VI-27);

b) En consecuencia, al existir en el subarriendo un nuevo contrato de arrendamiento, hay que acudir a éste para conocer los derechos y obligaciones del subarrendatario y su extensión en cuanto a la cosa arrendada así como en cuanto a la intensidad y modalidad en su caso del uso y disfrute, mientras que en la cesión habrá que acudir al arrendamiento originario, que vinculaba al cedente, que subsiste sin variación, y que deben respetar íntegramente el arrendador y el cesionario actual arrendatario (supuesta la validez de la cesión) sin perjuicio de las variaciones que por pacto o por Ley pueden producirse;

c) En el subarriendo sigue existiendo junto al arrendatario un nuevo sujeto: el subarrendatario; mientras que en la cesión se produce una sustitución de la persona del arrendatario cedente por la persona del cesionario (STS 23-VII-47 y 24-X-86) o si se quiere con otras palabras en el subarriendo se produce una superposición de sujetos mientras que en la cesión se da una exclusión de sujetos (STS 17-VI-61);

d) Para otorgar subarriendo en el régimen del CC basta con que el arrendador no lo haya prohibido expresamente, mientras que en la propia cesión de arrendamiento (también en el régimen del CC) se precisa el consentimiento del arrendador; e) En el subarriendo, el arrendatario subarrendador goza, por razón del precio del subarriendo, de la preferencia establecida en el núm. 7º art. 1.922 CC, mientras que en la cesión el cedente no goza por razón del precio de la cesión de la citada preferencia (STS 2-VI-27);

f) En el subarriendo, el subarrendatario puede exigir que la cosa le sea entregada en buen estado, mientras que en la cesión el cesionario no sólo no puede pretender

---

<sup>581</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1930, P. 130.

que la cosa le sea entregada en buen estado, sino que está obligado a recibirla en el estado en que se encontraba en el momento de la cesión (STS 2-VI-27);

g) Aunque no sea esencial, conviene añadir que en la práctica el precio del subarriendo se pacta por períodos de tiempo (por meses, años, etc.) en tanto que en la cesión el precio se pacta para ser recibido de una sola vez, y aún en casos de aplazamiento no se fijan en proporción al tiempo de uso o disfrute.

Pese a estas diferencias, que en los casos permitidos aparecerán con mayor nitidez, cuando se trata de subarriendos prohibidos o cesiones no consentidas, la tendencia a encubrir las con el ropaje de otras figuras hará más difícil en la práctica la apreciación de la identidad de una u otra. Más aún, en tales casos es aún más frecuente que se otorguen y desenvuelvan en la clandestinidad para tratar de escapar a las reacciones jurídicas del arrendador que tiene en su mano la posibilidad de ejercitar una acción resolutoria. De ahí que la jurisprudencia siga un criterio muy amplio y flexible en orden a la prueba de estos subarriendos y cesiones y aunque producida fundamentalmente en el ámbito de los arriendos sujetos a LAU este criterio puede servir, porque la razón es la misma, para la prueba de los subarriendos y cesiones que no se hallen permitidos con arreglo a las normas del CC. Es de notar la evolución de esta jurisprudencia hacia una mayor flexibilización y que resume la STS 17-VI-88 en su Fundamento segundo: STS 14 y 19-I-52 respecto a la presunción de la existencia del subarriendo o cesión; STS 24-11-I-53 y 18-XII-59 en cuanto a la sustitución del arrendatario por un tercero; STS 30-V-72 en cuanto a la inversión de la carga de la prueba; “amplia doctrina jurisprudencial plenamente consolidada y recientemente ratificada en las STS 8-V-87 y 25-I-88 en las que expresamente se vuelve a puntualizar la presunción de la cesión no consentida por el sólo hecho de la introducción en la relación arrendaticia de una persona extraña al contrato”.

En el régimen del CC la infracción de la prohibición de subarriendo, o la cesión sin consentimiento del arrendador con la consiguiente transmisión del uso o disfrute de la cosa arrendada al subarrendatario o al cesionario, permitirá al arrendador pedir la resolución del contrato de arrendamiento y la indemnización de daños y perjuicios o sólo esta última indemnización dejando el contrato subsistente por aplicación del art. 1.556 CC. Asimismo podrá ejercitar el desahucio al amparo del 1.569. 3º CC ya que, como reconoce la STS 11-VI-48, el art. 1.556 no se opone a la aplicación del 1.569. 3º.

### A) CESIÓN VERSUS SUBARRIENDO: CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO POR EL ARRENDADOR

El profesor DE CASTRO<sup>582</sup> afirmaba que la cesión de arrendamiento y el subarriendo tienen un elemento común único, el referirse a un arrendamiento anterior que les sirve de base y el producir una relación nueva, de posesión.

La relación jurídica en la cesión arrendaticia no puede confundirse con la del subarriendo. Ya que la primera, en el ámbito de los arrendamientos urbanos, implica la transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa, operándose una novación subjetiva en el titular del derecho. Y es así puesto que desaparece el cedente de la relación contractual y es sustituido en ella por el cesionario, estableciéndose así un enlace directo con el arrendador en todos los derechos y obligaciones dimanante del contrato. Por la segunda, esta relación arrendaticia no desaparece, sino que se mantiene, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que respectivamente se le reconocen y se le imponen al arrendador, siempre y cuando ese contrato de subarrendamiento haya sido consentido expresamente<sup>583</sup>.

Para VÁZQUEZ BARROS<sup>584</sup>, el meritado artículo 8 LAU regula dos cuestiones de suma importancia sobre los arrendamientos de finca urbana, como son: la cesión y el subarriendo. En tal sentido y como apunte previo, conviene recordar (nos dice el autor) que la cesión se diferencia del subarriendo en que en aquella, un tercero entra en la relación arrendaticia con consentimiento del arrendador, subrogándose en todos los derechos y obligaciones del arrendatario, desapareciendo éste de toda vinculación con el arrendador; mientras que en el subarriendo, entra un tercero en la ocupación de parte del inmueble arrendado, vinculándole derecho y obligaciones con el arrendatario, y siendo ajeno a la relación que éste guarda con el arrendador; tanto es así, que su cualidad de subarrendatario no podrá extenderse más allá que la que tiene el arrendatario con el arrendador. O dicho con otras palabras, en la cesión el tercero que entra en la relación arrendaticia lo hace en virtud de una subrogación completa en virtud de un acto inter vivos; es decir, que el arrendatario originario sale de esa relación y el tercero ocupa su lugar con todos los derechos y obligaciones que lo son inherentes al contrato el cual mantiene su plena vigencia. Por otro lado, resulta evidente que, en ambas figuras jurídicas (cesión y subarriendo), se produce una novación subjetiva respecto del contrato de arrendamiento y, por consiguiente, esta novación en sí misma considerada, nunca podrá presumirse, ni tampoco podrá inferirse derivadas de deducciones o conjeturas, sino que por el contrario esta novación ha de resultar de una

---

<sup>582</sup> DE CASTROY BRAVO, Federico de: "Cesión de arrendamiento y subarriendo", cit., pág. 152.

<sup>583</sup> VÁZQUEZ BARROS, Sergio, Ley de Arrendamientos Urbanos, Valencia, 2012. Tirant Lo Blanch, págs. 85-97.

<sup>584</sup> Ibid.

declaración de voluntad clara, expresa e inequívoca, la cual podrá venir manifestada en razón a actos que nos lleven a una conclusión definitiva, sino que la voluntad de novación debe resultar de una declaración expresa, formal e inequívoca; bien porque se manifieste con claridad de forma expresa; bien por inducirse de actos de concluyente significación, pero que de ningún modo resultará suficiente el simple conocimiento de la sustitución.

No comparto la opinión del autor respecto que ambas figuras, cesión y subarriendo, producen, en puridad, una novación subjetiva en el contrato de arrendamiento, en cuanto al arrendatario originario se refiere. Si resulta incuestionable para el caso de la cesión, no es tan diáfano en el subarriendo, al conservar derechos y obligaciones el arrendatario originario en la locación, aunque ésta se amplíe para dar cabida al subarrendatario con una relación jurídica engarzada *ex novo* en dicho arrendamiento. En apoyo de mi opción personal, DE CASTRO<sup>585</sup> aseveraba que habrá, en cambio, una verdadera cesión de arrendamiento (en derecho español novación del contrato) y no un subarriendo, en el caso en que sea sustituido el arrendatario por otro nuevo, de conformidad con el arrendador, quedando el antiguo arrendatario como fiador del nuevo.

Estima MORENO-TORRES<sup>586</sup> que, sencillamente, la LAU ha decidido considerar la cesión parcial como subarriendo y el subarriendo total como cesión. El legislador para calificar el vínculo existente entre el arrendatario y el tercero prescinde de la voluntad de los contratantes, conceptuándolo como cesión de contrato y atribuyéndole sus efectos cuando el primero transfiere al segundo el disfrute de una vivienda sin permanecer él en la misma, y como subarriendo en el caso contrario. En suma, el subarriendo total no está prohibido por ley y caso de pactarse no es, por tanto, nulo, pero es una cesión de la vivienda arrendada que, si se consiente por escrito por el arrendador, determina la subrogación del cesionario “en la posición del cedente frente al arrendador” (art. 8.1) y si no es consentida por éste de ninguna forma es causa de resolución (art. 27.2 ap. c).

Siguiendo a VÁZQUEZ BARROS y en lo que atañe al apartado primero del artículo que comentamos, dispone expresamente la necesidad de que el arrendador tenga conocimiento de esta novación por escrito. De ello se infiere la insuficiencia de la comunicación verbal, aunque resulte probada; así las cosas, y a fin de evitar de que comunicación insuficiente o inexistente pueda traer causa de la resolución contractual del arrendamiento según el artículo 27.2.c LAU, resulta aconsejable que el arrendatario tome las precauciones debidas a la hora de proceder a la novación subjetiva del contrato en virtud de una cesión, comunicando formal y fehacientemente al arrendador (o sus representantes legales) su intención.

---

<sup>585</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, cit., pág. 140.

<sup>586</sup> Op. cit., págs. 28-30.

El Tribunal Supremo dictamina<sup>587</sup> que no debe olvidarse que será esencial para la apreciación del subarriendo o cesión ilegal, la transferencia del *ius utendi* de la cosa arrendada. No habrá tal subarriendo o cesión si, como había reiterado el Alto Tribunal cuando su competencia alcanzaba a estos asuntos, no hay transmisión real y efectiva del goce de la cosa arrendada en perjuicio del arrendador.

Al respecto entiende MORENO-TORRES<sup>588</sup> que, en rigor, lo que constituye causa de resolución del arrendamiento no es la cesión no consentida del contrato, sino la cesión no consentida del uso de la cosa arrendada. En apoyo de la interpretación de la profesora, valga mi humilde opinión, que la comparte y la STS de 20 de marzo de 2013, que en un trasunto de esto, así resuelve y además en contra del severo criterio de la Audiencia provincial<sup>589</sup>.

En la práctica forense, dado un contrato de arrendamiento la circunstancia de que el arrendador acepte que una compañía adquiera la condición de arrendataria, no autoriza por sí afirmar que, quienes eran arrendatarios desde un principio dejarán de serlo, salvo prueba concreta e indubitada. Por consiguiente, la compañía adquirió la condición de arrendataria del inmueble, pero no en sustitución de anteriores arrendatarios, sino juntamente con éstos.

Tampoco comparto la interpretación VÁZQUEZ BARROS respecto a la imperiosa necesidad de la formalidad escrita en la comunicación de la cesión o subarriendo, pues la realidad nos demuestra que los actos propios del propietario y/o arrendador son reveladores muchas veces de un incuestionable conocimiento de dicha circunstancia. Es innegable la conveniencia de dicha comunicación de manera escrita, pero los términos absolutos en derecho no son buenos y se arbitran con el remedio de la interpretación y de la valoración de la prueba por los jueces y tribunales.

---

<sup>587</sup> STS 662/2013 de 5 de febrero de 2013 (Antecedente de Hecho Segundo).

<sup>588</sup> Op. cit., pág. 23.

<sup>589</sup> El TS aplica la doctrina jurisprudencial que establece, que para que se aprecie la causa de resolución del arrendamiento por cesión in consentida, no basta con la designación en la vivienda objeto de arrendamiento de un domicilio social, sino que es preciso que por parte del cesionario, sociedad mercantil, se ocupe tal vivienda desarrollando en la misma las actividades propias de su objeto social, lo que comporta que se desplace al ámbito probatorio la existencia o no, en cada caso concreto, según la prueba practicada al efecto, de la real ocupación y, por tanto, disfrute de la vivienda arrendada por parte del cesionario. Pues bien, la Audiencia Provincial en la sentencia objeto de impugnación mantiene un criterio contrario a la doctrina jurisprudencial existente en materia de cesión in consentida, ya que entiende que la introducción de una persona jurídica, aunque se pretenda que lo es solo formalmente, no deja de ser la introducción de un tercero en el uso de la cosa arrendada, con lo cual se realiza un acto de disposición que sobrepasa las facultades de uso y disfrute que tiene el arrendatario. Dicho criterio resulta claramente contrario a la actual doctrina jurisprudencial (Vid. STS 1830/2013 de 20 de marzo de 2013, Fundamento de Derecho Cuarto).

Para DE CASTRO<sup>590</sup>, al requerirse la aprobación de la cesión por el arrendador, lo que se hace es exigir la conformidad del acreedor para el cambio de deudor, que siempre, en nuestro derecho, significa novación.

Pues, *mutatis mutandis*, se suele dar con frecuencia la presentación sucesiva de recibos mensuales correspondientes al pago de la renta por persona distinta de la del arrendatario, extremo éste que constituye elemento demostrativo del consentimiento tácito del arrendador en cuanto a la cesión de la finca objeto del contrato. Sin embargo, en cualquier caso y en prevención de futuros contenciosos, es conveniente la comunicación escrita al que se ha hecho referencia, a fin de evitar una resolución contractual. Con todo, el supuesto indicado, carece de relevancia cuando los recibos son satisfechos por uno de los co-arrendatarios y, en atención a que el pago de los recibos de la renta no son decisivos en la demostración de la ocupación de la finca arrendada (más teniendo en cuenta que cabe perfectamente el pago por tercero), el pago podrá ser realizado por cualquiera de los co-arrendatarios, lo que solo producirá efectos y consecuencias en la relación *ad intra*.

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que, en lo que a la duración del contrato se refiere, la novación subjetiva habida como consecuencia de ello, no afecta en ningún sentido a las restantes condiciones contractuales recogidas en el propio contrato de locación. De modo que, produciéndose una cesión, el plazo de duración del contrato será el ya fijado originariamente y, por tanto, al cesionario le quedará el resto del tiempo pactado y transcurrido; todo ello sin perjuicio de que el arrendador puede conceder un mayor plazo de duración a este nuevo ocupante, si bien en ningún caso esta novación subjetiva podrá perjudicar al cesionario como consecuencia de su entrada en esta relación arrendaticia.

Empero advierte MORENO-TORRES<sup>591</sup>, conforme a la jurisprudencia de las audiencias provinciales, que no cualquier cesión del uso requiere el consentimiento del arrendador, so pena de resolución, pues solo un uso reiterado, permanente y estable podrá producir tal efecto. Además, no es imprescindible el consentimiento expreso, admitiéndose también en forma tácita, pese a que la ley exige, por el contrario, que el consentimiento del arrendador sea escrito. Recoge la autora las conclusiones de la jurisprudencia –a las que ya me he referido– relativas a que el consentimiento escrito del arrendador es requisito necesario para que la cesión (entendida como efecto) se produzca, mientras que la cesión no consentida del uso de la cosa arrendada es, sin más, causa de resolución. Si ese consentimiento resulta probado por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, no podrá declararse la resolución del vínculo contractual. Pero incluso probado el consentimiento, la falta de forma escrita imposibilita la modificación subjetiva prevista por el inciso final del artículo 8.1. Se trataría, simplemente, de una cesión eficaz *inter partes*, pero inidónea para resolver.

---

<sup>590</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, cit., pág. 151.

<sup>591</sup> Op. cit., págs. 25-27. Vid. SAP de Bilbao, de 15 de mayo de 1995 y SAP de Cádiz, de 9 de septiembre de 1994.

Así las cosas, VÁZQUEZ BARROS, establece las ideas primarias para definir la cesión de vivienda afirmando que: consiste en un negocio jurídico en virtud del cual el arrendador transmite el complejo de derechos y obligaciones que integran la relación contractual arrendaticia a un tercero que se subroga a efectos legales en la situación jurídica que el primero ocupa en el contrato inicial, operándose una novación subjetiva, con desaparición del cedente de la relación contractual.

En suma y al margen los supuestos de subarriendo, toda sustitución definitiva del arrendatario de una finca urbana con paralela ocupación de otra persona en virtud de acuerdo exclusivo entre ambos, debe reputarse como cesión de vivienda, siempre que exista una cierta estabilidad en la situación. No incluimos en este supuesto los casos de ausencia temporal de inquilino y ocupación transitoria del inmueble por un tercero, -situaciones a valorar casuísticamente- ya que es obvio que no constituyen cesión alguna. Así, en la misma medida que no se opone a la desocupación de la vivienda el uso esporádico por el inquilino, paralelamente una ausencia accidental no desvirtúa la ocupación, ni la condición del inmueble arrendado como espacio habitual destinado a la privacidad del inquilino, y en justa consecuencia, la estancia de un tercero en un piso en el mencionado contexto de accidentalidad y provisionalidad no le convierte en cesionario.

En este punto coincido con VÁZQUEZ BARROS al considerar la novación subjetiva en el arrendatario, en nuestro supuesto estudiado, la entidad social que es sustituida por la persona o familia beneficiaria del programa de que se trate, discapacidad o viviendas solidarias, ha de reputarse como cesión arrendaticia, por más que desde dichas asociaciones o incluso desde la mercantil local, se empeñen en justificar una pretendida confluencia aséptica de dos relaciones o contratos locativos independientes. DE CASTRO<sup>592</sup>, contemplando la posibilidad de confabulaciones entre arrendador y arrendatario contra los fiadores, concluye que en el derecho español no se puede hablar de cesión de arrendamiento en el sentido de cesión total de derechos y obligaciones, por todo esto no se puede hablar en nuestra doctrina de la cesión de arrendamiento sino entendiendo por ella la cesión de los derechos del arrendatario.

Por consiguiente, la cesión de vivienda supone, necesariamente, que el arrendatario cedente llama a un tercero cesionario para que, en su lugar, pase a ocupar la vivienda como arrendatario, quedando privado el cedente del uso y disfrute de la que venía gozando.

Ahora bien, para el precitado autor, es imprescindible la comunicación al arrendador de la existencia de un precio convenido con el futuro cesionario, lo cual supone ya la existencia de una manifestación firme de proceder a ejercitar el derecho y que debe poner en guardia al arrendador, y si le interesa, evitar la enajenación haciendo uso de la facultad que la ley le otorga.

---

<sup>592</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Cesión de arrendamiento y subarriendo", cit., pág. 144.

No comparto en esta ocasión su parecer, pues de nuevo el empeño de la *praxis* confirma que no es imprescindible, por cuanto en los programas que nos ocupan, la renta para el cesionario, esto es, la persona o familia participante, es conocida de antemano por el arrendador o mercantil municipal, concretándose en el contrato de cesión arrendaticia como “cuota” (en la terminología utilizada, que debe decir renta) de dos euros/mes por metro cuadrado de vivienda. La comunicación formal de este extremo al arrendador sería innecesaria, gratuita y redundante. Y su ausencia no debe empecer el futuro ejercicio de los derechos referidos por VÁZQUEZ BARROS.

Así la cesión, el traspaso y, en general, la sucesión arrendaticia, para que sea considerada como legítima, es imprescindible que exista consentimiento expreso o tácito por el arrendador, consentimiento este último que debe deducirse de hechos concluyentes e inequívocos, que llevan el convencimiento de haber existido la autorización en la sustitución.

En efecto, en los supuestos estudiados, el consentimiento de la arrendadora (léase EMVS) se deduce de los convenios y las relaciones arrendaticias suscritas a su amparo. Otra cosa es, discutir cuándo dicho consentimiento, expreso o tácito, deba darse. Coetáneo a la novación subjetiva, o bien anterior o, finalmente, ulterior.

Ahora bien, según el autor, si como consecuencia de la cesión arrendaticia el cesionario y arrendatario acuerdan modificar las condiciones del contrato de arrendamiento originario, lo que resultaría aconsejable es la rescisión del contrato anterior y la celebración de uno nuevo entre las partes, recogiendo todos aquellos acuerdos modificativos en un nuevo documento, evitándose con ello en el futuro conflictos interpretativos entre la voluntad de las partes recogidas en el contrato originario y las habidas en el documento posteriores otorgado entre cesionario y arrendatario con modificación del contrato inicial, en el que intervino un tercero (arrendatario originario) que ya no guarda ninguna relación con el arrendador.

Cuestión distinta es que el contrato recoja la posibilidad de que el arrendador condicione la cesión a recibir una contraprestación económica. Un sector doctrinal entiende que si bien dicha circunstancia no está prevista ni prohibida expresamente por la LAU, constituye un acuerdo fraudulento ya que, la propia Ley tiene como finalidad propiciar arrendamientos de fincas urbanas. Por consiguiente, aunque el consentimiento del arrendador no esté modulado por norma alguna, sin embargo, deberá respetar otras de carácter imperativo como las que prohíben el incremento de renta por encima del IPC en estricta aplicación del artículo 18 LAU. Debemos tener en cuenta, una vez más, que no estamos ante un nuevo arrendamiento, sino ante la continuación del ya existente, el cual mantiene idéntico clausulado pese a esta novación subjetiva asociada a la cesión en la posición del arrendatario. Pero, por imperativo legal se ha de contar con el consentimiento escrito del arrendador, toda vez que su negativa es causa suficiente para impedir la cesión pretendida. De ahí lo indicado anteriormente de modo que conviene que el contrato vigente decaiga y sea reemplazado por otro



nuevo que recoja las nuevas condiciones establecidas y acordadas por las partes. Cabe, sin duda, la posibilidad de nuevas cláusulas que no perjudiquen al nuevo arrendatario, y en consecuencia le sean beneficiosas. La ley es totalmente permisiva a que el arrendador pueda, en cualquier momento, renunciar a los propios derechos como por ejemplo: los relativos a la duración contractual, a una renta menor, incluso, a una autorización expresa y escrita de una cesión futura del contrato de arrendamiento.

Todas estas argumentaciones las comparto con el autor, salvo que una cosa es el carácter expreso o tácito del consentimiento y otra bien distinta su forma escrita o verbal<sup>593</sup>. Con ello corroboro que nos encontramos, en el caso de viviendas solidarias y para personas con discapacidad, ante una clara cesión y no, como erróneamente se ha interpretado hasta por el propio arrendador, la coexistencia de dos relaciones jurídicas independientes.

En efecto, el solapamiento en el tiempo de los dos contratos arrendaticios sobre una misma vivienda pública, así como la interconexión entre ambas a un fin social, nos lleva inexorablemente a interpretar que la novación subjetiva señalada se trata de una cesión arrendaticia.

En definitiva y como recapitulación sobre la cesión arrendaticia:

1) La alteración de los elementos personales en el arrendamiento urbano, aunque se verifique *de facto*, quedará legitimada cuando se funde en un título legal o contractual que así lo autorice; título cuya existencia ha de ser plenamente acreditada por la parte que lo invoque en su favor.

2) Como ya he defendido, entiendo que solo la cesión arrendaticia es, en puridad, una novación subjetiva. No puede confundirse la figura jurídica de la cesión con la del subarriendo, ya que la primera, en el ámbito de los arrendamientos urbanos, implica la transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa, operándose una novación subjetiva en el titular del derecho. En esta cesión desaparece el cedente de la relación contractual y es sustituido en ella por el cesionario, estableciéndose así un enlace directo con el arrendador en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato. En el subarriendo, la relación arrendaticia no desaparece, sino que se mantiene, sin perjuicio de los derechos y obligaciones respectivamente reconocidas e impuestas al arrendador, siempre y cuando ese contrato de subarrendamiento haya sido consentido expresamente. Según VÁZQUEZ BARROS<sup>594</sup> debemos tener en cuenta que el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador, por lo que la relación personal originaria entre arrendatario y arrendador sufrirá una novación subjetiva sin que ello implique una extinción del contrato. Disiento por tanto que se trate en

---

<sup>593</sup> Vid. SAP de Cádiz de 9 de septiembre de 1994.

<sup>594</sup> Op. cit.

el subarriendo de una novación subjetiva. En mi opinión, por vericuetos distintos: léase bien piso tutelado o vivienda pública del programa para alojar a una sola persona necesitada y/o a su familia, llegamos a idéntico resultado, que es una cesión arrendaticia. No en vano, estamos frente a una cesión implícita, contractual y documentalmente otorgada a favor del arrendatario, el cual podrá disponer de ella, a su vez, en favor de un tercero participante de los programas, por mor de los mencionados convenios de finalidad social.

En la cesión, el cesionario se subroga frente al arrendador de forma directa y personal ocupando la posición del cedente y, por tanto, adquiriendo todos los derechos y obligaciones que aquel ostentaba, como si se tratase del arrendatario originario del contrato de locación con el arrendador. Por tanto, aunque no se quiera ver esta realidad jurídica incluso por la propia arrendadora, el rigor jurídico excluye separarse de la calificación técnica real.

Y en mi opinión, en el subarriendo aunque paradójicamente, produce cierta cesión arrendaticia, lo cierto es que concurre una novación subjetiva, material, pero respecto del arrendatario, pues éste conserva derechos y obligaciones en el arriendo, por más que se sumen los derechos y obligaciones del subarrendatario al complejo locativo.

Subraya el repetido autor que, en el apartado primero de este artículo comentado, se dispone que solo quepa la cesión a favor del arrendatario cuando sea comunicada al arrendador por escrito y éste preste su conformidad por lo tanto, esta autorización habrá de ser expresa. Lo que no indica este precepto, es el momento en que podrá otorgarse, lo que nos lleva a suponer que ésta bien puede tener lugar antes o durante la vigencia de la relación arrendaticia, ya que nada impide a que las partes opten a dicha cesión con posterioridad a la vigencia del contrato, o sea negociada la autorización, con inclusión como cláusula especial dentro del propio contenido del contrato que pretenden celebrar.

Como ya he mencionado, me muestro disconforme con el rigor legal de la exigencia de comunicación expresa, pero conforme con el amplio abanico del momento en que tal comunicación se produzca, incluso, como he defendido, que se manifieste *ex ante* y por medio de los meritados convenios sociales. De la misma opinión es la profesora MORENO-TORRES<sup>595</sup>, que concluye que el consentimiento para subarrendar, lo mismo que para ceder, tanto puede ser previo, como simultáneo o posterior a su celebración.

Para VÁZQUEZ BARROS<sup>596</sup> la cesión ha de ser total y sin que medie precio, pues de lo contrario estaríamos ante un subarriendo; por otro lado téngase en cuenta que, el subarriendo además de expreso, escrito y previo, establece la ley que ha de ser

---

<sup>595</sup> Op. cit., pág. 31.

<sup>596</sup> Op. cit.

parcial, sin incluir la totalidad del uso del bien arrendado, lo que lo diferencia sustancialmente de la cesión. Ésta habrá de ser siempre en su totalidad, pues afecta a todos los derechos y obligaciones que unían al arrendador y al arrendatario (cedente). La cesión, implica una subrogación del cesionario en lugar del cedente, dando lugar así a una nueva relación personal del primero con el arrendador, con lo cual el cedente arrendatario originario desaparece de esta relación contractual. Mientras que en el subarriendo se establece una doble relación personal con el arrendador, por un lado, sigue manteniendo su posición dentro de la relación arrendaticia; y, por otro, la del subarrendatario que entre dentro de aquella relación, la cual da lugar a una nueva y personal con el arrendatario, en virtud de una cesión parcial del uso de la cosa arrendada a cambio de una renta; podría decirse que el arrendatario originario adquiere en tal caso la condición de arrendador respecto del subarrendatario.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el consentimiento del arrendador al arrendatario en lo que a la cesión respecta, este precepto requiere que sea por escrito, cabría plantearse una autorización verbal por parte del arrendador; en tal supuesto podemos pensar que esta posibilidad sí cabe basándose en la teoría de los actos propios y por lo tanto, el arrendador se vería obligado a ampararse en este precepto a la hora de instar la resolución contractual por una cesión no consentida. Aunque, en todo caso, todo ello quedaría reducido a una discusión y prueba del derecho que se invoque (arrendador: cesión no consentida y resolución contractual; arrendatario: cesión consentida por el arrendador). Pero, la cesión siempre implicará una desaparición de la relación personal habida entre el cedente (arrendatario originario) con el arrendador, cuya posición contractual pasa a ser ocupada en su totalidad por el cesionario.

Además, en ningún caso se podrá admitir la cesión mediante el pago de una compensación económica. También y como se expuso anteriormente, debemos de tener muy presente la diferencia entre las figuras jurídicas tratadas en el apartado 1 y 2 de este precepto que se comenta (cesión y subarriendo); ya que en la primera y en el ámbito de los arrendamientos urbanos, implica la transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa, dando lugar así a una novación subjetiva en el titular del derecho, puesto que desaparece la relación contractual existente entre el arrendatario originario y el arrendador, siendo sustituido en ella plenamente por el cesionario, dando ello lugar a una relación directa de este cesionario con el arrendador en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato celebrado en su día por el cedente; mientras que, en el subarriendo, nos encontramos ante una relación arrendaticia en donde no desaparece, sino que se mantiene, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que respectivamente se le reconocen y se le imponen al arrendatario, siempre y cuando este contrato de subarriendo haya sido consentido expresamente por la parte a la que perjudica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.2 LAU.

Por lo que respecta al apartado segundo, cabe que reseñar que, al igual que en la cesión, este artículo exige para que el subarriendo sea lícito y eficaz, el consentimiento previo y escrito del arrendador; por lo cual cabría preguntarse qué

ocurre cuando este consentimiento es emitido posteriormente al subarriendo ya operado. En principio, podría pensarse que resulta rechazable por no haberse cumplido el mandato legal en el momento que la norma lo establece; pero por otro lado, el autor cree, y yo particularmente comparto, que sería perfectamente aceptable en su cualidad de subsanación de un defecto legal y que implicaría la autorización o el consentimiento dado a posteriori por el arrendador a ese subarriendo, como una renuncia a su derecho de instar la resolución contractual según lo dispuesto en el artículo 27. 2. c LAU.

Pero al margen de lo indicado, en cualquier caso el arrendatario debe tener mucha precaución y respetar, en su integridad, la disposición legal (comunicación al arrendador y consentimiento previo y por escrito de éste al subarriendo) a fin de evitar el riesgo de perder la vivienda arrendada por haber instado el arrendador la resolución contractual por subarriendo inconstituido. Ahora bien, el subarriendo ha de tener causa de un precedente imperfecto convenio arrendaticio, al que se subordina y del que recibe vida y razón de ser; es un segundo arrendamiento, con sustantividad propia, jerarquía y cronológicamente conectado al primero en cuanto a que, de un lado, por parte del antecedente principal negocio locaticio y, de otro, solo adquiere vigencia y reconocimiento una vez perfecta la *locatio conductio*; convirtiéndose en arrendatario originario, proyectándose las voluntades sobre *res locata*, en arrendador de la segunda convención. Es decir, nace un segundo arrendamiento celebrado por el arrendatario con el propietario del inmueble, derivándose de él vía sucesión constitutiva.

Otro requisito imperativo previsto en este apartado, es que el precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso, al que realmente corresponda al total del arrendamiento; siendo ésta otra de las diferencias con la cesión, en la que la transmisión de la finca arrendada no tiene como contrapartida una compensación económica. De esta forma se quiere evitar que el subarriendo se convierta en negocio para el arrendatario sin participación por parte del arrendador-propietario en la cosa que es de su propiedad. Por tanto, en relación con el precio, esta norma prohíbe al arrendatario que cobre por el subarriendo cantidad mayor a la que él mismo paga en calidad de renta por su cualidad de arrendatario. En el supuesto de concurrencia de varios subarriendos parciales respecto de la misma cosa, ha de entenderse que este precio total, sumados todos ellos, no puede sobrepasar el límite indicado. Por tanto, percibiendo el arrendatario el total de las rentas parciales correspondientes a los subarriendos, como mucho podrá igualar a la renta debida al arrendador, incluyéndose los gastos generales y cualquier otro tipo de repercusión patrimonial permitida por ley.

En cuanto a las normas aplicables a los subarriendos sobre inmuebles destinados para cubrir las necesidades de vivienda permanente del arrendatario, se regirá por lo dispuesto en el Título II; en los demás casos (los relativos a locales de negocios) se regirá por los acuerdos *inter partes*.

En este sentido, entiende MORENO-TORRES<sup>597</sup> que el artículo 8 LAU *in fine* limita la autonomía de los particulares, al disponer imperativamente que “el precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento”. Sin embargo, creo que en los pseudo-subarriendos de los “pisos tutelados” en el programa de viviendas solidarias, sí se podría defender que la suma del precio de los subarriendos excediera de la renta que percibe de la entidad social, la EMVS y ello, simple y llanamente, porque además de la solución habitacional, las personas participantes reciben un servicio o intervención social.

Así las cosas, cuando este subarriendo fuese parcial sobre finca urbana destinada a cubrir las necesidades permanentes del arrendatario, se regirá por este Título II y en este sentido, las partes no podrán alterar las normas imperativas establecidas para tutelar la posición “débil” del arrendatario; aunque sí se podrán recoger en el contenido del contrato aquellas cláusulas que impliquen un beneficio para éste y que en definitiva, tiene como contrapartida renuncia a derechos reconocidos en favor del arrendador en la propia ley.

Por otro lado, cuando se trate de subarriendos relativos a inmuebles no destinados a vivienda permanente del arrendatario, de temporada o locales comerciales, entonces serán los acuerdos de las partes, en atención a la autonomía de la voluntad, la que constituya ley suprema a la hora de regular esa relación arrendaticia.

Pero en tal caso, debemos entender, que se trata de esas relaciones entre arrendatario y subarrendatario, habida cuenta que el arrendador queda fuera de esta nueva relación jurídica creada, y respecto de la cual solo se limita a dar su consentimiento escrito. Este planteamiento responde muy bien al modelo de programas sociales objeto de este trabajo, pues es bien cierto que las entidades con fines sociales y las personas y/o familias participantes protagonizan las relaciones arrendaticias y de intervención social, quedando el papel del arrendador reducido a la puesta a disposición de las viviendas públicas para las entidades.

En este punto cabría preguntarse si un “piso tutelado”, debe ser considerado o no como inmueble destinado a vivienda, en terminología de la LAU. Personalmente, me inclino a calificar a los “pisos tutelados” como no destinados a vivienda permanente en el sentido de la Ley especial. Por tanto, este tipo de contratos locativos que recaen sobre viviendas colectivas con servicios sociales incluidos, deben regirse por la autonomía de la voluntad de las partes. Esta interpretación personal tiene su apoyo legal en la mención del artículo 3, párrafo 2 de la LAU recogiendo como arrendamientos “para uso distinto del de vivienda” los celebrados para ejercerse en la finca una actividad “profesional” y/o “asistencial”, cualquiera que sean las personas que los celebren.

---

<sup>597</sup> Op. cit., pág. 33.

En cuanto a la duración del subarriendo, la cualidad de subarrendatario se extinguirá siempre y cuando ocurra lo propio con la cualidad de arrendatario; y ello es así porque esta extinción arrastra la relación directa y personal del subarrendatario con la del subarrendador (arrendatario, en la relación contractual). En este punto, MORENO-TORRES<sup>598</sup> nos ilustra afirmando que la subsistencia del subarriendo no es nunca posible si desaparece la relación arrendaticia en que descansa. Puede ocurrir por múltiples causas, entre otras por el vencimiento del término pactado, por resolución por incumplimiento, por mutuo disenso, por desistimiento, o por adquirir el arrendatario la vivienda arrendada<sup>599</sup>.

Por tanto, ante un subarriendo destinado a vivienda permanente, éste tendrá la misma duración contractual que la del arrendamiento, por estricta aplicación de la norma. Por lo que el subarriendo no podrá tener una duración más allá de la que dure el arriendo, del mismo modo que ni arrendador ni arrendatario podrán extinguir el subarriendo con anterioridad, ni pactar un plazo inferior entre ambos, salvo que sea el subarrendatario quien incurra en alguna de las causas de extinción, en atención a lo previsto en el artículo 1.124 CC, según el artículo 27.1 LAU. Pero, cabe subarrendar por un período inferior, si el subarriendo es para un uso distinto del que inmueble arrendado, en cuyo caso cabe aplicar lo expresamente acordado por las partes como ley suprema. Del mismo modo, si la relación arrendaticia se extingue por causa imputable al arrendatario, evidentemente esta desaparición acarrea también a la del subarriendo. Dispone el artículo 8.2.3: “El derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó”, sin que la norma recoja excepción alguna y con independencia que, con posterioridad el subarrendatario pueda exigir al arrendatario, la pertinente indemnización por daños y perjuicios, o por incumplimiento de sus compromisos, o por ser el causante de la resolución del contrato principal que determina la del subarriendo. Así el contrato de subarriendo se resuelve por el vencimiento del plazo contractual establecido para el contrato principal que liga al arrendador y arrendatario; pero no existe óbice legal para que el subarriendo se pacte con carácter indefinido o se establezca un sistema de prórroga forzosa, en el sentido que ello estará siempre supeditado a la duración del propio arrendamiento.

Cabe la posibilidad de que el arrendatario renuncie antes de que transcurra el plazo de vigencia del subarriendo, en cuyo caso solo podrá el subarrendatario promover acción contra el arrendatario-subarrendador si éste hubiere causado algún daño o perjuicio a aquel, por su exclusiva voluntad y en virtud de algún pacto ilícito concertado entre ellos, pero, sin poder ejercer ninguna acción contra el propio arrendador, con el que nada le une.

---

<sup>598</sup> Op. cit., pág. 35.

<sup>599</sup> En contra, REGLERO CAMPOS, Fernando: Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Pamplona, 1995, pág. 644.

Por lo que atañe a la duración de los subarriendos, queda subordinada a la del arrendamiento; así que el subarriendo desaparece con la “confusión”. Sin embargo, en ningún caso puede pensarse en el mantenimiento de un contrato de subarriendo, habiéndose extinguido el del arrendamiento del que trae causa.

Por consiguiente y, en cuanto a la duración del subarriendo, debemos entender que no hay un plazo mínimo para su estipulación, pudiendo las partes (subarrendatario y arrendatario) establecer un plazo máximo que tendría como límite el convenido entre el arrendatario y el arrendador, o en su defecto el máximo legal establecido (3 años), pero en ningún caso es necesario ni obligatorio que coincida con la extinción del contrato de arrendamiento originario o principal y que debe, por lo tanto, coincidir con el plazo mínimo legal del artículo 9 LAU para los arrendamientos. Lo único importante, es que el subarriendo se extinguirá no solo cuando se extinga la relación personal del arrendatario con el arrendador, sino también por expiración del plazo acordado por las partes (subarrendatario y arrendatario); por tanto, la temporalidad del subarriendo queda al libre arbitrio de lo convenido por las partes.

Ante el silencio de este artículo 8.2, el subarriendo supone una relación contractual de igual naturaleza a la del arrendamiento primero (el originario), que recibe su carácter específico del hecho de que el arrendador sea, a su vez, arrendatario y lo que origina la posibilidad de relaciones entre el subarrendatario y arrendador primitivo, comienza un nuevo contrato de arrendamiento subsistiendo la personalidad del arrendatario. Habiendo declarado la jurisprudencia que los caracteres del arrendamiento de cosa (cesión de goce o uso por tiempo determinado y precio cierto, conforme lo dispone el artículo 1.543 CC), convienen también al subarriendo, no se diferencia sustancialmente al arriendo, sino que en él, es el arrendatario quien se obliga a la cesión del uso o goce de la cosa que mantiene en arrendamiento, adquiriendo el carácter de arrendador. En tal sentido el artículo 1.543 CC dispone expresamente que: “En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”.

Adicionalmente, el subarriendo se distingue de la cesión por su naturaleza y efectos; la cesión supone la desvinculación del titular arrendaticio y su sustitución por un tercero; mientras que el subarriendo, el arrendatario permanece vinculado al arrendador y surge una nueva relación arrendaticia entre él y el subarrendatario. En la cesión, se transmiten íntegramente los derechos y obligaciones al arrendatario, mientras que en el subarriendo se arriendan y no se “enajenan”. Téngase en cuenta, que el subarriendo no es más que un contrato de arrendamiento que realiza el arrendatario, recayendo sobre la cosa por él arrendada, y por ello, ha de tener los mismos elementos estructurales del arrendamiento, entre ellos, el tiempo determinado y precio cierto. Para que el subarriendo pueda tener tal consideración, la persona subarrendataria deberá ostentar idénticos derechos y obligaciones que un arrendatario cualquiera; es decir, un derecho o permanencia mínima en la vivienda y una obligación de pagar una renta fija.

Asimismo y como causa de resolución contractual, la incorporación de persona ajena en un inmueble, incluso, cuando la cesión sea a un hijo, siempre que se trate de hijo que no tuviese en aquel momento una convivencia familiar con el padre (arrendatario). De ahí, que los contratos de cesión realizados por las entidades sociales establezcan: “No estará permitida la pernoctación de personas ajenas a la unidad familiar, salvo en el caso de visitas puntuales. Para ello se deberá de informar al equipo de Vivienda Solidaria de la identidad de la/s persona/s y el periodo de tiempo de estancia, y el equipo deberá dar su consentimiento por escrito”.

VÁZQUEZ BARROS<sup>600</sup> resume todo lo expuesto en relación con este artículo comentado de la ley especial arrendaticia, en las siguientes consideraciones:

a) Por lo que respecta a los subarriendos, para que el mismo resulte lícito y efectivo, han de concurrir dos requisitos: 1) que el arrendador preste consentimiento expreso, escrito y previo; y, 2) que sea parcial sobre el bien ya arrendado.

b) A la hora de determinar la norma aplicable a los subarriendos, debemos partir de la distinción entre aquella finca destinada a cubrir la necesidad de vivienda permanente del arrendatario (artículo 2.1), de aquellas otras que tienen un destino distinto (artículo 3). Así las cosas, para calificar al subarriendo se habrá de estar, no al contrato de arrendamiento principal (celebrado entre arrendatario y arrendador), sino al propio contrato de subarriendo (celebrado entre el subarrendatario y arrendatario), por lo que, y aunque parezca sorprendente, contando con los permisos del arrendador, se podrá formalizar un subarrendamiento sobre una vivienda que tuvo en su origen un destino distinto al de subarriendo; así por ejemplo se podrá arrendar un inmueble como vivienda permanente del arrendatario y éste, a su vez, subarrendar parte de ella para que el subarrendatario realice en la misma una actividad profesional.

c) Por lo que respecta a los arrendamientos destinados a fines distintos al de vivienda permanente del arrendatario, se regirán únicamente por lo acordado por las partes sin expresa mención a un régimen especial.

d) En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, y estos caracteres conviven también en el subarriendo, el que no se diferencia sustancialmente del arriendo, sino que en él es el arrendatario quien se obliga a la cesión del uso o disfrute que tiene en arrendamiento, adquiriendo en su virtud el carácter de subarrendador.

---

<sup>600</sup> Op. cit.



e) El subarriendo no puede tener más extensión temporal que la del arrendamiento urbano del que deriva, pues es principio jurídico fundamental que los derechos derivados no pueden ir más que los originarios.

f) Nada obsta para que se perfeccionen subrogaciones entre personas distintas cuando el arrendador lo consiente, y a dichas subrogaciones entre personas distintas ha de darse toda la eficacia jurídica prevista en la ley, recayendo la carga de la prueba del consentimiento sobre el arrendatario.

g) La doctrina legal aplicable al subarriendo o cesión está elaborada sobre una nueva y diferente personalidad, supuestos diferentes son los casos de coordinación entre empresarios con personalidades independientes, que tienen una actividad legítima y protegible.

h) La LAU, en su conjunto, regula y perfila tres formas de modificaciones subjetivas en la relación arrendaticia, el subarriendo y la cesión, de aplicación general tanto a las viviendas como a los locales de negocio y el traspaso, limitado solo a estos últimos. Los tres supuestos señalados de modificación arrendaticia tienen distinta naturaleza jurídica, así como notables diferencia de tratamiento legal dentro de la LAU.

i) Con la LAU, desaparece la cesión *inter vivos* realizada a favor de familiares del arrendatario, a quienes la antigua ley autorizaba, respetando exclusivamente la sucesión arrendaticia por causa de muerte del arrendatario en los supuestos previstos del artículo 16.

j) Se prohíbe la cesión de vivienda sin consentimiento de arrendador propietario y la subrogación total, prohibiciones éstas absolutas, aún en el caso de que hubiese mediado consentimiento del arrendador autorizando una situación contraria.

k) Este precepto, al igual que la legislación anterior, sigue distinguiendo entre cesión y subarriendo, exigiendo en ambos casos el consentimiento expreso y escrito del arrendador como requisitos *sine qua non* para la validez de estas nuevas situaciones. Ahora bien, en los casos de crisis matrimoniales y como consecuencia de unas nuevas nupcias, se integra una nueva persona en el domicilio arrendado, da lugar a un subarriendo total o parcial, gratuito u oneroso, o a una cesión total o parcial, lo que es cuestión meramente semántica, pues en todo caso estará justificada la resolución del contrato, ya que el carácter consensual originario del vínculo ha quedado roto por la subrepticia inclusión de un tercero en la relación.

l) Si bien es cierto que este artículo posibilita la cesión del contrato a un tercero, y el artículo 12 prevé el desistimiento del arrendatario y la posibilidad de continuar el cónyuge en el arriendo, imponiendo al arrendador esa sucesión con sólo notificarle tal propósito, con mayor razón cabrá esa concentración en uno de los cónyuges de los derechos y obligaciones en los supuestos de crisis matrimonial, que por analogía por lo dispuesto en el último precepto citado, habrá de entenderse que debe imponerse al arrendador con sólo poner en su conocimiento dicha circunstancia.

m) La ley no establece una limitación en cuanto al número de subrogaciones (parciales); nada prohíbe al arrendatario llevar a cabo varios subarriendos de la finca arrendada, siempre y cuando cumpla con las exigencias legales que se le imponen como son: contar con el consentimiento previo, escrito y expreso del arrendador; y que sea parcial (o lo que es lo mismo, que siga el arrendatario parte del inmueble que arrienda), pues en este último caso estaríamos lo que se puede denominar una cesión completa del inmueble lo cual está expresamente prohibido por este artículo. Por tanto, el precepto exige que la subrogación sea parcial por lo que, si la novación subjetiva del contrato es completa el arrendatario incurriría en posible causa de resolución contractual según lo dispuesto en el artículo 27 de esta ley especial.

n) El simple hecho de resolver el contrato de inquilinato trae consigo la extinción del subarriendo.

o) Si el contrato de arrendamiento ha quedado resuelto por fallecimiento del inquilino, como consecuencia de ello, ha quedado también resuelto el contrato de subarriendo o cualquier relación arrendaticia que aquel hubiere celebrado con quien mantiene su situación de subarrendatario.

p) Para que un subarriendo pueda considerarse como tal, la persona subarrendataria deberá tener los mismos derechos y obligaciones que un arrendatario común; es decir, un derecho a una permanencia mínima en la vivienda una obligación de pagar una renta fija.

En general, coincido con el buen análisis que de la cesión arrendaticia y subarriendo hace en su obra VÁZQUEZ BARROS, pero aplicado dicho análisis a la singularidad de los arrendamientos de las viviendas solidarias y para personas con discapacidad, creo que no tiene cabida la figura del subarriendo, investido en forma de “piso tutelado” dada la virtualidad y características que les son propias. Así, a pesar de que se trate de un disfrute parcial de la vivienda pública el que tiene el subarrendatario alojado por mor de alguno de los citados programas sociales, entiendo que en realidad se verifica una cesión arrendaticia en toda regla y buena prueba de ello, es que la mercantil municipal es ajena al desarrollo y gestión de dichos programas, colaborando con los mismos, única y exclusivamente en la puesta a disposición de las viviendas protegidas para las entidades sociales participantes.

Finalmente, conviene hacer una precisión en cuanto a que lo que se pone en valor en estos programas sociales es uso, goce y disfrute de las repetidas viviendas públicas, pues poco o nada obsta para su desenvolvimiento, que el arrendador sea o no propietario de las mismas. Por consiguiente, los marcados objetivos sociales, se pueden alcanzar de igual forma teniendo y cediendo el uso y disfrute, aunque no se tenga la propiedad de dichas viviendas. Pues, como nos ilustra DE CASTRO<sup>601</sup>,

---

<sup>601</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, cit., pág. 131.

no es solo el propietario el que puede arrendar su cosa, sino que el usufructuario o el enfiteuta pueden transmitir por tal título, como arrendadores, el goce o uso que sobre la cosa les corresponda.

### 3. CAMBIO EN LA PERSONA DEL DEUDOR

Nuevamente, si hacemos abstracción de que la relación arrendaticia es sinalagmática y simplificamos la posición del arrendatario como deudor en la misma, con la argumentación de que la principal obligación en dicho contrato es el pago de la renta de la que, sin duda, el arrendatario es deudor; la asunción de deudas consiste en la sustitución de la persona del deudor por otra, subsistiendo la misma relación obligatoria.

Se comprende fácilmente que la sustitución del deudor, en una relación obligatoria, tiene que tropezar con mayores dificultades que la sustitución del acreedor, porque cuando el acreedor cambia, en principio, no se causa ningún perjuicio al deudor, mientras que el cambio en la persona del deudor afecta fundamentalmente el derecho del acreedor. En primer lugar, porque si se trata de una prestación de hacer, la consideración a la persona del deudor es fundamental en el momento del cumplimiento, pues puede no ser indiferente para el acreedor que la prestación la realice una persona u otra. Y en segundo lugar, porque la garantía con que el acreedor cuenta para el caso de incumplimiento de la obligación está constituida por el patrimonio del deudor, y por consiguiente le interesa mucho que esa garantía no se cambie sustituyéndose el deudor primitivo por otro.

Por eso, todo cambio en la persona del deudor exige inexcusablemente el consentimiento del acreedor, sin el cual no puede el deudor ser sustituido por otro. De lo contrario sería sumamente fácil burlar el derecho del acreedor, simplemente con que el deudor cediera su deuda a una persona insolvente. El problema fundamental que en nuestro Derecho plantea la sustitución del deudor es el de si ésta supone siempre una novación extintiva, en el sentido de que al cambiarse la persona del deudor se extinga siempre la obligación primitiva y surja otra nueva, o si es posible, como ocurre en la cesión de créditos, que se mantenga la identidad de la obligación no obstante el cambio de deudor.

Como ya expresé anteriormente, la posibilidad de que la deuda pasase de una persona a otra en su aspecto pasivo, subsistiendo la misma obligación, no era concebible en Derecho romano. Pero el Derecho actual acabó por consagrar la posibilidad de un cambio de deudor —asunción de deuda— con carácter meramente transmisivo. Esto puede suceder de dos maneras, que se inspiran en las dos formas en que según el Derecho romano podía tener lugar la novación por cambio de deudor: la expromisión y la delegación (*expromissio* y *delegatio*). La expromisión tenía lugar mediante un pacto entre el acreedor y un tercero que convenía con aquél en colocarse en el lugar del deudor, liberando a éste de su

obligación, en cuyo caso resulta patente el consentimiento del acreedor. En el caso de la delegación, el cambio de deudor se producía mediante un pacto entre el deudor primitivo y el nuevo deudor, dispuesto a colocarse en su lugar y en liberarle de la obligación sustituyéndole, lo cual exigía un consentimiento expreso o al menos tácito del acreedor.

En general, puede afirmarse que en la actualidad está plenamente reconocida la posibilidad de que manteniendo la identidad de la obligación, se cambie la persona del deudor originándose tan sólo una simple transmisión en la deuda: la asunción de la deuda, pues aunque lo tradicional en nuestro Derecho ha sido atribuir siempre al cambio de deudor el carácter de novación extintiva, existen dentro del articulado de nuestro elementos suficientes para poder llegar a admitir el supuesto de la transmisión de la deuda, sin extinción de la obligación misma. Ya anteriormente dejamos citados algunos de los preceptos que sirven de base para sostener que en el pensamiento del legislador español no toda novación ha de ser necesariamente extintiva, y que los términos novación y extinción no son sinónimos en el texto legal, como lo demuestra el hecho de que bajo el epígrafe De la novación se refiera al artículo 1.203 a que “las obligaciones pueden modificarse... “y no dice que las obligaciones pueden extinguirse, como lo diría si todo supuesto de novación representara necesariamente para el Código una extinción. Y de un modo especial se destaca la redacción del artículo 1.207, ya que éste, al referirse a “cuando la obligación principal se extingue por efecto de la novación... “, está reconociendo que hay casos en que no ocurre así, es decir, en que la obligación principal no se extingue por efecto de la novación.

A base de esos preceptos, de analizar minuciosamente algunos otros, y del hecho cierto de que no existe en el Código ninguno que expresamente prohíba la cesión de una deuda —siempre, naturalmente, con el consentimiento del acreedor del cual no se puede prescindir— subsistiendo la misma relación obligacional, es factible llegar a la conclusión de que ello es posible, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, que permite a las partes pactar libremente todo lo que no sea contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, pudiendo convencionalmente llegarse a la sustitución de la persona del deudor sin producir la extinción de la obligación, dándose con ello lugar a la transmisión de la obligación en su aspecto pasivo<sup>602</sup>.

---

<sup>602</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); OSSORIO MORALES, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 126 a 127.

### 4. CESIÓN NO CONSENTIDA: CASO DEL ACCESO DIFERIDO A LA PROPIEDAD Y OTROS

El acceso diferido a la propiedad<sup>603</sup> es una figura jurídica híbrida entre el arrendamiento y la compraventa, su regulación legal se encuentra en el artículo 132 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial. En acceso diferido el adjudicatario recibe la posesión de la cosa, pagando por ella un porcentaje de alquiler, conservando el cedente la propiedad.

En estos contratos se prevé la posibilidad de que el adjudicatario pueda adquirir la propiedad mediante la entrega de las cantidades pendientes de amortización de una sola vez. Antes de la adquisición de la propiedad, se rige por las normas del arrendamiento, transformándose después en una compraventa. Este régimen se desarrolló fundamentalmente por el Instituto Nacional de la Vivienda y la Obra Sindical del Hogar.

Su duración es variable pero en la mayoría de los casos es de cuarenta o cincuenta años.

La problemática fundamental que plantea es que, como durante su vigencia funciona como un contrato de arrendamiento, obliga a los distintos órganos administradores a su conservación y mantenimiento.

Aun cuando esta forma de cesión no se ha utilizado desde hace tiempo -algún autor considera que ha sido derogada por el RD 3148/78- la realidad es que todavía queda un elevado número de viviendas acogidas a este régimen en grupos dependientes de la Administración.

Analizaremos distintos aspectos que sobre la misma ha mantenido la Jurisprudencia:

En el acceso diferido a la propiedad de una VPO, la Administración conserva la propiedad y solo se transmite al adjudicatario la posesión, lo que es distinto de un contrato de compraventa con precio aplazado, según la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 1999<sup>604</sup>.

La transmisión de la propiedad solo se producirá una vez satisfecha la totalidad de las cantidades a que está obligado, por cumplimiento del plazo o por amortización anticipada, de acuerdo a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-

---

<sup>603</sup> Boletín informativo de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo, N<sup>o</sup> 73, 2002, Pp. 3 a 39.

<sup>604</sup> RJ 1999/4.228.

Administrativo, de 3 de diciembre de 2001<sup>605</sup>. En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 3 de junio de 1999.

La transmisión de la propiedad a un tercero, es decir la subrogación, solo podrá realizarse una vez adquirida la propiedad, debiendo darse situaciones de convivencia entre el subrogatario y el titular del derecho, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de septiembre de 2001<sup>606</sup>.

En el fundamento segundo de dicha resolución se razona la aplicación al caso enjuiciado de la LAU y se declara como hecho probado que no se dan los requisitos del art. 58 y concordantes al no existir la convivencia exigible.

Al estar plenamente acreditado que doña Circuncisión no convivió habitualmente con su madre en la vivienda de protección oficial a que estos autos se contraen durante los dos años inmediatamente anteriores al fallecimiento de doña Elosía, resulta claro que la sentencia impugnada no ha incurrido en la infracción que se deduce en el primer motivo.

Los ocupantes de Viviendas de Protección Oficial en régimen de "acceso diferido" tienen derecho a que se les reparen las viviendas y sus elementos comunes hasta que se produzca la efectiva revisión de la propiedad. Es irrelevante el que hayan constituido una Junta de Administración ante aquella, según la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de octubre de 1999<sup>607</sup>.

---

<sup>605</sup> RJ 2001/130.833.

<sup>606</sup> RJ 2001/8.203.

<sup>607</sup> RJ 1999/7.722



## CAPÍTULO SÉPTIMO: FINALIZACIÓN ARRENDATICIA Y CESIÓN

RUIZ-RICO<sup>608</sup> señala en cuanto a la terminación del arrendamiento que, además de las generales y de las que resultan de los arts. 1.547 y 1.558. 3 CC, son causas específicas de extinción del contrato arrendaticio:

### 1. Transcurso del plazo de vigencia. Tácita reconducción

Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento (art. 1.565 CC). Es indiferente, a estos efectos, que a la determinación de la duración del arrendamiento se llegue a través de las previsiones de las partes o por aplicación de los arts. 1.577 y 1.581. Para los contratos de duración indeterminada o indefinida, es necesario el requerimiento para que concluya el contrato. El contrato de arrendamiento es susceptible de prórroga y de renovación. La prórroga supone continuar más tiempo el mismo contrato con las mismas cláusulas y obligaciones. La prórroga tendrá la duración que las partes convengan; en defecto de pacto, la duración de la prórroga será igual a la que se dio al contrato inicialmente.

La renovación, por el contrario, implica un nuevo contrato que tiene su origen en la voluntad expresa o presunta de quienes ya han estado ligados por un arrendamiento anterior. El CC, que no se refiere a la figura en general, contempla un caso concreto de renovación que tiene su origen en la voluntad presunta de las partes: Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción (renovación), a menos que haya precedido requerimiento (art. 1.566). No se limita el número de posibles renovaciones.

La tácita reconducción no opera cuando ha precedido requerimiento del arrendador contrario a la renovación del arrendamiento, ni cuando, sin mediar requerimiento previo, dentro de los quince días siguientes a la terminación del contrato, el arrendador se opone a que el arrendatario continúe en el uso del bien. Tampoco lo hace si las partes, al celebrar el arrendamiento, excluyeron mediante pacto el juego de la tácita reconducción (STS 28 de marzo de 1951). El nuevo contrato que surge de la tácita reconducción tiene el mismo contenido que el que se extinguió por vencimiento del plazo. Difiere, sin embargo, la duración que, al faltar el acuerdo expreso de las partes, es la que marcan los arts. 1.577 y 1.581 CC. Con la renovación, cesan las obligaciones otorgadas por tercero para la seguridad del contrato principal (art. 1.567CC).

---

<sup>608</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador); RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., Curso de derecho civil II, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, 2014, Pp. 285 a 287.



## 2. Pérdida del derecho del arrendador

### A) Contratos concertados por usufructuarios

Para dar bienes en arrendamiento no es necesario ser propietario; basta con tener la titularidad de un derecho que faculte para usar del bien. El CC contempla, en particular, los arrendamientos celebrados por usufructuarios disponiendo que se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola (art. 480 CC).

### B) Venta de finca arrendada

Haciendo una aplicación concreta de la regla según la cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (art. 1.257 CC), el art. 1.571 CC concede al comprador de finca arrendada el derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta (“venta quita renta”). La venta no es, en sí misma, causa de extinción del arrendamiento, pero sí permite al nuevo propietario exigir la extinción.

Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir al comprador que le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente; y al vendedor, que es quien provoca la extinción anticipada del contrato, que le indemnice los daños y perjuicios sufridos (art. 1.571. 2). La indemnización no es exigible cuando, mediante pacto, arrendador y arrendatario acordaron la extinción del arriendo en caso de enajenación del bien (STS de 24 de marzo de 1928).

El comprador no puede exigir la terminación del arrendamiento cuando hubiere pactado lo contrario con el vendedor (arrendador), ni tampoco cuando el arrendamiento estuviese inscrito en el Registro de la Propiedad (arts. 1.571. 1, 1.549 CC). El comprador con pacto de retraer, en cuanto titular de un dominio revocable, no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario hasta que haya concluido el plazo para usar del retracto (art. 1.572 CC).

## 3. Resolución del contrato

Como efecto de la bilateralidad del arrendamiento, el art. 1.556 sanciona, con la resolución del contrato, el incumplimiento de las obligaciones expresadas en los arts. 1.554 y 1.555: la parte cumplidora podrá pedir la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente. No hay que probar, en este caso, la reciprocidad. Tratándose del incumplimiento de obligaciones —distintas de las previstas en los arts. 1.554 y 1.555— que se asumieron mediante pacto, la parte perjudicada podrá instar la resolución conforme al art. 1.124 CC, acreditando la concurrencia de los requisitos necesarios para ello (art. 1.568 CC).

## 4. Pérdida de la cosa arrendada

Para el supuesto de pérdida de la cosa arrendada, el art. 1.568 se remite a los arts. 1.182 y 1.183 CC. Destruída la cosa que se cedió en arrendamiento, el contrato se extingue. La remisión a los arts. 1.182 y 1.183 es útil a la hora de determinar la posible responsabilidad del arrendatario por la destrucción.

Decía VAQUERO PINTO<sup>609</sup>, respecto de una de las últimas reformas arrendaticias, que otro tema de gran calado en el que resulta mermada la protección del arrendatario es de la oponibilidad del arrendamiento frente a terceros. A través de una regulación no demasiado precisa (y algo dispersa) se establece el principio de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito: procede la extinción del mismo en caso de enajenación de la vivienda a adquirente de buena fe o de extinción del derecho de propiedad del arrendador por otras causas. Sin embargo, inscrito el arrendamiento, el adquirente (o el nuevo propietario) se subroga en los derechos y obligaciones del arrendatario y queda sometido al régimen de duración mínima y prórroga tácita. La nueva situación implica un cambio relevante pues, antes, el adquirente de buena fe (o el nuevo propietario) quedaba sometido al régimen de duración mínima de cinco años, aun cuando el arrendamiento no se hubiera inscrito.

Dicha reflexión me sirve para ilustrar el hecho de que el contrato locativo a lo largo de toda su vida jurídica, incluso en su momento final de declinación u ocaso, puede presentar situaciones de novación subjetiva (llámense éstas: subrogaciones, cesiones, ocupaciones de vivienda, etc.), que plantean, sin duda, enriquecedores conflictos en Derecho, ya sean de índole sustantiva y/o procesal.

#### I. RESOLUCIÓN ARRENDAMIENTO EN PROCEDIMIENTO VERBAL LAU (FALTA DE PAGO O EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO), CUYO INMUEBLE AL EJECUTAR EL LANZAMIENTO APARECE OCUPADO POR TERCEROS, ART. 704.2 LEC

MAGRO SERVET<sup>610</sup> nos percata que en la práctica están surgiendo problemas ante los supuestos de impago de la renta y la necesidad, o no, de traer a la *litis* a los ocupantes reales que sean distintos de quienes suscribieron el contrato de arrendamiento ante los posibles problemas que pudieran surgir en la práctica de la diligencia de lanzamiento.

---

<sup>609</sup> VAQUERO PINTO, M<sup>a</sup> J., Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas [BOE n.º 134, de 5-VI-2013]. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2014, vol. 1, n.º 2, Pp. 179 a 182.

<sup>610</sup> MAGRO SERVET, V., La Ley 37/2011 y la nueva metodología para conseguir la agilización del juicio de desahucio: Casuística práctica, 1<sup>a</sup> edición, La Ley, 2013, Pp. 154 y 158 a 164.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista la solución a este problema está fuertemente consolidada desde que se aprobó la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000 y se introdujeron reformas puntuales que resolvieran los problemas que estas situaciones habían provocado año tras año, sobre todo ante la picaresca que se daba de introducir a ocupantes distintos de quien suscribió el contrato de arrendamiento y la alegación sorpresiva que por parte de estos se producía en la ejecución de sentencia de que no habían tenido conocimiento de la existencia del procedimiento, no habían sido demandados y, en consecuencia, no podía tener lugar con ellos la diligencia de lanzamiento al haberse producido indefensión por no haberse podido defender con igualdad de armas ante la pretensión planteada por el arrendador.

Pues bien, aunque parezca sorprendente esta afirmación, la práctica de los Tribunales nos estaba demostrando que estas tenían efecto y se llegaban a suspender diligencias de lanzamiento ante este tipo de situaciones, con lo que el actor debía reiniciar la acción interpellando de nuevo contra los ocupantes. Esta situación de auténtico fraude concluye, como decimos, en la LEC al introducir una regulación específica en la ejecución forzosa de inmuebles y actuaciones subsiguientes a la realización de una subasta con adjudicación del inmueble al ejecutante o al mejor postor y mediante la regulación genérica de la ejecución de sentencias sobre inmuebles que lleven aparejado el lanzamiento mediante la inclusión del art. 704 LEC.

En el art. 704 LEC se regula la situación de la entrega de bien inmueble como objeto directo de la pretensión contenida en la demanda principal. Se trata, por ejemplo, de los procesos arrendaticios que tienen por objeto conseguir la resolución del contrato de arrendamiento con entrega de bien inmueble (art. 250.1.1º LEC), o las situaciones de precario del art. 250.1.2º LEC. Recordemos que en estos casos nos remitimos a la tramitación del juicio verbal para la acción de desahucio por impago de renta, por expiración del plazo pactado, la del proceso acumulado de reclamación de rentas y desahucio y el precario (art. 250.1 LEC).

La previsión del art. 13 LEC está enfocada a la existencia de un interés jurídico, no a un interés particular a continuar en el uso del inmueble para disfrutar de la posesión, a no confundir con un interés legítimo.

Por otro lado, tampoco podría ubicarse la intervención del ocupante en el art. 14 LEC, que regula la figura de la intervención provocada, por cuanto esta es admitida cuando *la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, pero la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.*

Así las cosas, el ocupante debe quedar al margen del juicio de desahucio, y aunque el arrendador conozca su existencia este no tendrá derechos.

El ocupante que alega derechos en la práctica de la ejecución dispone de 10 días para demostrar su derecho posesorio. Se articula en el apartado 2º del art. 704 LEC<sup>611</sup> un trámite procesal similar al existente en el art. 675.3 LEC y 661.2 LEC.

Del mismo modo, existe un trámite para instarlo el ejecutante, que se recoge en el párrafo 2º del apartado 2º del art. 704 LEC<sup>612</sup>.

Sin embargo, la problemática que existe en estos casos es que el conocimiento del arrendador o propietario del inmueble puede llegar el mismo día señalado para el lanzamiento al aparecer en el inmueble terceros ocupantes que aleguen a la comisión judicial la existencia de derechos o título que le habilita para poseer el inmueble. Aunque ciertamente será difícil que prospere esta alegación de los ocupantes sí que es verdad que retrasará el lanzamiento al tener que suspenderse este, darse traslado del incidente al ejecutante, que por este se inste la celebración de la vista prevista en el art. 675.3 LEC, que se celebre la misma y que en el caso de que por el juez se inadmitan las alegaciones de los ocupantes se proceda de nuevo a señalar fecha para el lanzamiento incluidos los ocupantes del inmueble.

De todos modos, lo que es evidente es que los ocupantes del inmueble concertado en arrendamiento con personas jurídicas, Administraciones Públicas, entidades u organismos (como por ejemplo, una mercantil municipal) podrían ampararse en derechos sociales, como los referidos a personas que han sido alojadas en inmuebles por Administraciones locales o Autonómicas por medio de las áreas de servicios sociales, u organizaciones no gubernamentales que arrienden inmuebles para personas necesitadas. En estos casos el arrendador está en su derecho de exigir el pago puntual, aunque de conceder una moratoria ello no supondría renuncia alguna a sus derechos de cobro ni de permitir el mantenimiento de los ocupantes en el inmueble.

No puede pasarnos desapercibida, sin embargo, que esta puede ser una vía “oculta” para conseguir una moratoria en el lanzamiento, ya que obliga al ejecutante a instar un trámite procesal para conseguir el lanzamiento cuando ignoraba por completo la presencia de terceros ocupantes en el inmueble.

De todas maneras, para evitar problemas procesales se recomienda que, de conocerse por el arrendador la existencia de ocupantes, debería aplicarse el art.

---

<sup>611</sup> 2. Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél, el tribunal, tan pronto como conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución o la pendencia de ésta, para que, en el plazo de diez días, presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.

<sup>612</sup> El ejecutante podrá pedir al tribunal el lanzamiento de quienes considere ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. De esta petición se dará traslado a las personas designadas por el ejecutante, prosiguiendo las actuaciones conforme a lo previsto en los apartados 3 y 4 del art. 675.

704.2 LEC y, al menos, conceder el plazo de diez días para alegaciones. Y ello, a fin de evitar que la oposición del ocupante se lleve a cabo en la diligencia de lanzamiento y se alegue por los ocupantes que no se ha cubierto la vía preceptiva del art. 704.2 LEC en estos casos, cuando era notorio el conocimiento de la existencia de los ocupantes por el arrendador.

Así las cosas, de ningún modo puede autorizarse judicialmente el mantenimiento en la posesión de los ocupantes bajo alegaciones referidas a vínculos contractuales con el arrendatario o sociales circunscritas a las propias por las que debería velar la Administración local o Autonómica, entidad social o pública u ONG que es la que debe velar por el mantenimiento de la posesión pero abonando las rentas que tiene concertadas con el arrendador, circunstancia habitual en el caso de la EMVS con las denominadas “viviendas solidarias”, propiedad de la misma, pero administradas por entidades sociales como Cáritas, etc.

#### 1. CASO PRÁCTICO: LANZAMIENTO DE TERCERO OCUPANTE

Decretada en los presentes autos<sup>613</sup> la ejecución de la sentencia que acordaba el lanzamiento de los demandados de la vivienda protegida la EMVS, adjudicada en régimen de arrendamiento, en el momento de intentar la notificación de las correspondientes resoluciones, se halló en el inmueble a un tercero, quien fue requerido para que presentase en el Juzgado los títulos que justificasen su situación, personándose éste en autos y presentando la referida documentación; y, habiendo la ejecutante interesado su lanzamiento, se acordó la citación a vista de ejecutante y ocupante.

Entrando en el fondo del asunto, y teniendo en cuenta que a través del incidente regulado en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (al que se remite el 704) lo que se resuelve, eso sí de manera sumaria y no definitiva, es la virtualidad del derecho esgrimido por el ocupante del inmueble cuya posesión venían obligados a entregar los ejecutados; mediante contrato de fecha 01/05/06, una suerte de cesión de los derechos de ocupación (arrendamiento), pudiéndose asimismo darse por probado que a partir de entonces, o de una fecha posterior, habría satisfecho tanto las rentas giradas por la ahora demandante, como las cuotas de la Comunidad de Propietarios, bien entendido que todos los cargos venían a nombre de la referida arrendataria, y sin que conste de forma alguna que la cesión de derechos arrendaticios se hubiese comunicado de alguna manera a la arrendadora, cuando, como establece el artículo 1.158 del Código Civil, “cualquier persona puede pagar por el deudor, tenga o no interés en el cumplimiento de la

---

<sup>613</sup> Cfr. Auto 30 de octubre de 2012, Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Madrid, Ejecución Juicio Verbal nº 18/2012.

obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore dicho deudor”

Así las cosas, en forma alguna cabe reconocer derecho alguno del ocupante para conservar la posesión de la vivienda arrendada, y ello por cuanto, primero, el derecho del mismo, de existir, sería subsidiario del de la arrendataria, de forma que, habiéndose extinguido el de ésta por expiración del plazo contractual o legal, lo mismo le habría ocurrido al del ocupante, como si de un subarrendatario se tratase, y, segundo, porque en forma alguna puede el ahora interpelado alegar ignorancia de la situación, cuando en el propio contrato por él aportado, y en su cláusula cuarta se dice "la parte vendedora manifiesta que la finca descrita, objeto del presente documento está considerada como Vivienda de Protección Oficial, y que en el momento de la firma de este documento tiene consideración de finca en Arrendamiento; que se espera que en el plazo de dos o tres años la Empresa Municipal de la Vivienda venda a sus inquilinos las propiedades que actualmente tienen arrendadas, por lo que la parte vendedora procederá inmediatamente a vender en documento público a la compradora el piso aquí descrito"; es decir, mediante el referido documento no se compraba nada más que una expectativa de derecho, que se habría consolidado de haber la EMVS vendido el piso a la arrendataria, pero sin que pueda fundar en el referido contrato su pretendido derecho de ocupación, cuando, reconocido por él mismo en el contrato como arrendamiento, el mismo se habría extinguido, como ya se ha dicho, ello sin contar con la expresa prohibición contenida en el contrato de arrendamiento suscrito entre EMVS y la adjudicataria primigenia, de "ceder, subrogar, traspasar o subarrendar total o parcialmente la vivienda.

Es partiendo de todo lo expresado que, sin perjuicio de las acciones que en defensa de los derechos del interesado pueda éste ejercitar en el juicio que corresponda, (artículo 675.4 LEC), o de las que le puedan incumbir, procede ordenar su lanzamiento de la vivienda indicada, y ello al considerar carente de respaldo probatorio el título de ocupación que invoca y, en su defecto, extinguido.

## II. ¿LA REMISIÓN AL DECRETO 100/1986 HACE INDEFINIDO EL ARRENDAMIENTO?

Sin duda, una cuestión que tiene relevancia en la novación subjetiva en la relación locativa sobre vivienda protegida, es la propia duración de dicha relación arrendaticia.

Pensemos, por analogía, que el usufructo no es indefinido<sup>614</sup>. Además, el hecho de que con las Disposiciones Transitorias de la LAU, se trató de paliar la

---

<sup>614</sup> Art. 513.2º CC: "El usufructo se extingue [...] por expirar el plazo por el que se constituyó..."

desmembración, entre propiedad y uso, existente hasta entonces con el texto refundido del año 1964 de arrendamientos urbanos; y finalmente, que con la actual ley de arrendamientos urbanos no se limita el número de subrogaciones posibles, porque se limita la propia duración del contrato, a salvo de la voluntad de prorrogar de las partes. Por consiguiente, ahora, el número de subrogaciones (léase novaciones subjetivas) en el arrendamiento es ilimitado.

El Tribunal Supremo<sup>615</sup> destaca como característica esencial del contrato de arrendamiento su temporalidad.

En general, las viviendas protegidas son aquellas fomentadas desde la Administración para facilitar su acceso a personas de escasos recursos económicos. A su vez, entre las viviendas protegidas, podemos distinguir la *Vivienda de Protección Oficial*, es decir, promovida por el Estado, y la *Vivienda con Protección Pública*, que es la categoría de vivienda protegida creada por la Comunidad Autónoma de Madrid.

En todo caso, adjudicadas las viviendas protegidas por los organismos encargados a sus beneficiarios, dicho disfrute o cesión de la vivienda puede ser en régimen de alquiler. Pero se plantean dudas sobre la duración de los contratos de arrendamiento suscritos entre aquellos arrendatarios y su propietario, la sociedad mercantil local encargada de la política municipal en materia de vivienda, que están en su clausulado referidos y sometidos –en cierta forma– al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión, en arrendamiento, de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública.

En efecto, parece que un sector, integrado básicamente por los propios inquilinos, sus asesores legales y asociaciones vecinales, considera que dicho Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, les convierte en arrendatarios vitalicios, en tanto se mantengan las condiciones económicas por las que accedieron a dicha vivienda.

Jurídicamente, el supuesto de hecho se circunscribe en determinar si los contratos locativos implicados, referidos al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre<sup>616</sup>, sobre viviendas cuya calificación de protegida no es de promoción pública (sino privada), pueden entenderse o no de duración indefinida, con independencia, claro está, de los incumplimientos contractuales de cualquiera de las partes.

---

<sup>615</sup> En la STS 18 de diciembre de 2009, rec. 1.530/2005, se dice: “Esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en STS de 25 de noviembre de 2008 y 10 de junio de 2009), que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida”.

<sup>616</sup> Este Decreto fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del 31 de octubre de 1986 y es una norma vigente, de fecha anterior a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, pero de rango inferior y de ámbito territorial limitado, no estatal.

Al tiempo, otra de las cuestiones controvertidas se circunscribe a si resulta de aplicación el referido Decreto o, incluso, lo ha derogado la propia la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Dicho Decreto, según se expone en su Preámbulo, en parte, deroga y sustituye al Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda, estableciéndose ahora las condiciones básicas bajo las cuales los entes públicos titulares de viviendas de promoción pública ceden dichas viviendas en arrendamiento. Por tanto, se trata de cesión de viviendas de promoción pública orientada, básicamente, hacia el sistema de venta a los adjudicatarios y aplicable, en exclusiva y como no podía ser de otra manera, a la Comunidad de Madrid.

Los estudiados contratos de arrendamiento fechados en los años noventa y, en todo caso, suscritos antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994, esto es, 1 de enero de 1995, contienen una cláusula relativa a su duración, que establece que la duración del contrato de arrendamiento de la vivienda se prorrogará por períodos “bianuales” (sic)<sup>617</sup> sucesivos, en el caso que arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el artículo 1 del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, y no sea titular o posea otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título, en la Comunidad de Madrid.

El anterior pacto o cláusula contractual citada es, prácticamente, copia literal del artículo 3 del precitado Decreto, que, a su vez, establece en su primer precepto lo siguiente: 1: “Las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública solamente podrán ser cedidas en arrendamiento a personas cuyos ingresos anuales, unidos a los de los familiares que con ellas conviven, sean inferiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional anual”.

Por tanto, dicho Decreto establece las condiciones básicas para la cesión en arrendamiento de las viviendas de Promoción Pública, definidas<sup>618</sup> como aquellas viviendas promovidas sin ánimo de lucro por el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y por aquellos entes públicos territoriales a quienes expresamente se atribuya esta competencia dentro de sus respectivos ámbitos territoriales.

Considerando que su alcance se circunscribe a los entes públicos titulares de viviendas de promoción pública, debe estimarse que, en definitiva, no afecta a la cesión en arrendamiento de aquellas viviendas de protección oficial de promoción privada.

---

<sup>617</sup> A pesar de la errónea literalidad de las cláusulas contractuales, lo que quiere expresarse es que se prorroga cada dos años, es decir, de forma bienal. Así se corrobora con la Estipulación Segunda, párrafo 1, de tales contratos que expresamente recoge: “Las partes comparecientes contratan el arrendamiento de la citada vivienda por el tiempo de dos años...”.

<sup>618</sup> Por el artículo 38 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda.



En el caso concreto de los contratos de arrendamiento afectados, no les resultan de aplicación las disposiciones del Decreto 100/1986, por ser de carácter privado la promoción de dichas viviendas, y ello, porque tanto el suelo como las edificaciones, figuran inscritas en el Registro de la Propiedad como de dominio privativo de la sociedad municipal correspondiente, no hallándose destinados al uso o servicio público.

La naturaleza privada de los bienes inmuebles<sup>619</sup> determina, legalmente, que la construcción de las viviendas deba ser considerada de promoción privada y en ningún caso promoción pública.

Dichos bienes inmuebles, como hemos expuesto anteriormente y a diferencia de los bienes de dominio público o demaniales, son perfectamente enajenables. Máxime cuando la enajenación, además, forma parte del tráfico jurídico característico y de la actividad habitual que constituye el propio objeto social de la concreta sociedad mercantil local.

En el presente caso, las viviendas cedidas en arrendamiento no están sujetas a ningún régimen de protección pública, no constando en los archivos públicos correspondientes<sup>620</sup>, ni de la sociedad municipal propietaria que tengan calificación a tal fin en vigor, siendo por tanto libres.

Y cabe entender que la precitada estipulación hace referencia al criterio denominado de temporalidad de los contratos de arrendamiento, elemento ventilado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de Noviembre de 2008, cuya doctrina ha sido reiterada, entre otras por ejemplo, en la de 22 de Junio de 2009. Por tanto, a juicio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que su validez es incompatible con el establecimiento de una duración "indefinida".

Así, el Alto Tribunal al respecto establece en una de sus Sentencias<sup>621</sup> lo siguiente<sup>622</sup>: "En los contratos de arrendamiento celebrados bajo la vigencia del

---

<sup>619</sup> Que no son, en modo alguno, bienes demaniales.

<sup>620</sup> Dirección General de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid o Registro de la Propiedad.

<sup>621</sup> STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2009 (Roj: STS 7443/2009), Ponente: D. Román García Varela, Nº de Recurso: 1530/2005, Fundamento de Derecho Quinto.

<sup>622</sup> "El motivo primero de este recurso censura la interpretación del artículo 1.285 del Código Civil por la Sentencia de la Audiencia en relación a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, al no considerar sujeto a la prórroga forzosa el contrato de 20 de enero de 1986, pese del contenido de sus cláusulas y de su duración indefinida pactada por las partes, contenida, entre otras, en las SSTS 20 de abril de 1993, 4 de febrero de 1992 y 14 de junio de 1994. El motivo se desestima. Plantea la recurrente el alcance que debe darse a la expresión "duración indefinida", contenida en el clausulado del contrato litigioso, que, a su juicio, permite inferir que la voluntad de las partes era la de someterse, en cuanto a su duración, al régimen de prórroga forzosa regulado en el artículo 57 de

Real Decreto Ley 2/1985, es necesario que el pacto de prórroga forzosa conste con toda claridad y sin ninguna duda; una de las novedades más importantes introducidas por el Real Decreto Ley 2/1985, respecto de la legislación arrendaticia anterior, fue precisamente la supresión del régimen de prórroga forzosa, para imperar desde su entrada en vigor, el 9 de mayo de 1985, una plena libertad a la hora de determinar la duración del contrato de arrendamiento urbano, con la desaparición, por tanto, de la renovación temporal automática, que, por imperativo legal, regulaba el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, lo que lógicamente no impide que en virtud del principio de libertad contractual, consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil, las partes se sometan al referido régimen.- Por ello, se necesita examinar cuál es la intención de las partes, a fin de determinar si lo realmente querido por el arrendador y el arrendatario es someterse, en cuanto a su duración, al mentado sistema de prórroga forzosa y, en el caso que nos ocupa, la cláusula del contrato de arrendamiento referente a su duración, tras calificar ésta como indefinida, no hace ninguna referencia a una supuesta prórroga forzosa, sin que sea lo mismo la tácita reconducción prevista en dicho precepto que la prórroga forzosa de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos”.

Análogamente, se pronuncia la Sala Primera del TS en esta otra ocasión<sup>623</sup> y en el año 2009<sup>624</sup>: “Vamos a examinar en primer lugar el motivo segundo del recurso de

---

la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, con sustento de su argumentación casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de SSTs sobre la materia. Esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en STS de 25 de noviembre de 2008 y 10 de junio de 2009), que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida. Resulta, por tanto, plenamente rechazable la argumentación del recurrente, según la cual, en el presente caso, la Sala de instancia no ha interpretado el contrato como un conjunto orgánico, sino que ha concluido que el contrato no se encontraba sujeto a prórroga forzosa para lo que ha puesto solo en relación el pacto de duración indefinida y el que la renta se determinara anualmente, sin embargo las partes pactaron otras cláusulas de las que se reproducen las que para la finalidad del presente recurso se consideran de interés: [...] 48, la renta establecida en el presente contrato, se entiende por valor en el año 1986, por ello de común acuerdo cada año, se fijará el nuevo importe con valor desde el 1º de enero (según el I.P.C. del I.N.E.); y 68, los gastos e impuestos, serán por cuenta del arrendatario. Las alegaciones recién expuestas no alteran los razonamientos de la Sentencia de instancia”.

<sup>623</sup> STS, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2009 (Roj: STS 7973/2009), Fto. de Derecho Segundo.

<sup>624</sup> [...] TERCERO.- En cuanto a la alegación de oposición de la Sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, que se efectúa en el primer motivo, plantea la recurrente la cuestión de si la calificación de una cláusula como oscura resulta compatible con la exigencia mantenida por esta misma Sala, a través de la Sentencias que cita, de que el pacto de sometimiento a prórroga forzosa debe constar de manera expresa. Este motivo ha de ser igualmente estimado. Tras la publicación del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de Abril, los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio celebrados bajo su vigencia tendrán la duración que libremente estipulen las partes. Resulta ser ésta una de las novedades más importantes que aportó el Real Decreto-Ley citado, al volverse a un sistema en el que los arrendamientos urbanos son concebidos como contratos de duración limitada a los concretos términos fijados por las partes o, en su caso, establecer su duración de acuerdo con el régimen general regulado por el Código Civil. Desapareció así el sistema

casación, que el recurrente sustenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La cuestión que se somete a análisis se centra en si la utilización, en los contratos celebrados bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, de expresiones tales como "tiempo indefinido" o "por meses", lleva o no a la conclusión de que las partes se han sometido al régimen de prórroga forzosa. Este asunto ya ha sido resuelto por esta Sala, en el sentido de que el uso de las referidas expresiones no supone, en modo alguno, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa que aparecía regulado en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964. Es más, el término "indefinido" resulta contrario a la naturaleza del contrato de arrendamiento (SSTS de 26 de febrero de 1992 y 25 de noviembre de 2008) en tanto la temporalidad es una de sus características esenciales, por lo que, precisamente, la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida. Tales razonamientos conducen a la estimación de este motivo del recurso”.

El Tribunal Supremo declara, en este otro caso, la resolución del contrato de arrendamiento, suscrito con fecha 1 de agosto de 1987, por expiración del plazo del arrendamiento. En un recurso en que el juez *a quo* había desestimado la demanda rectora. De dicha Sentencia<sup>625</sup> tiene especial interés, recoger aquí, lo siguiente<sup>626</sup>: “Además, en los contratos de arrendamiento celebrados bajo la

---

de prórroga forzosa por el que los contratos de esta naturaleza se prorrogaban por imperativo legal (artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964). No obstante, nada impide que, si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Pero, en tal caso, es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, como razonan las Sentencias de esta Sala que cita la parte recurrente para fundamentar el recurso, ya que, en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido. El referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante. En definitiva, si la cuestión relativa al sometimiento o no al régimen de prórroga forzosa es dudosa, debe entenderse que no existe el acuerdo que permita la aplicación del mismo. Y, en el presente caso, resulta que la propia Sentencia recurrida reconoce la oscuridad de la estipulación relativa a la duración del arrendamiento, al exponer que la misma permite justificar las diversas interpretaciones ofrecidas por los litigantes «la mantenida por el arrendatario actor y por la Sentencia apelada y la que sostiene la entidad arrendadora». Esta falta de claridad permite concluir que en el contrato no aparece una voluntad implícita de sometimiento al régimen de prórroga forzosa, por lo que, como ya se adelantaba, el motivo debe ser estimado”.

<sup>625</sup> STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5886/2010), Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos, Nº de Recurso: 602/2007, Antecedente de Hecho Cuarto y Fto. de Derecho Séptimo.

<sup>626</sup> “En los fundamentos de Derecho de la Sentencia, en cuanto interesa para el presente recurso, se declara, en síntesis: 1. La Jurisprudencia afirma que la entrada en vigor del RDL 2/1985 se crearon dos regímenes jurídicos: los anteriores al RDL 2/1985, sujetos a prórroga forzosa, y los posteriores, sujetos a la aplicación del artículo 1566 CC, a no ser, en este caso, que los contratantes hubiesen

---

convenido explícita o implícitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa (SSTS 20 de abril de 1993 y 23 de mayo de 1995). 2. Las dudas o la ambigüedad que puedan existir en el contrato de arrendamiento respecto al sometimiento o no a la prórroga forzosa, ha de ser resuelta a favor de la libertad de pacto, es decir, a favor de la inexistencia de prórroga forzosa. 3. Los argumentos en los que se había basado el juzgador de instancia para entender que existía un pacto de sometimiento a la prórroga forzosa, no eran suficientes para considerar acreditada su existencia. 4. El que exista cláusula de actualización de renta no implica que se quiera someter el contrato al régimen de prórroga forzosa, puesto que la tácita reconducción puede llevar a la duración temporal del contrato más allá del plazo inicialmente pactado. 5. El hecho de que el inquilino se hiciera cargo de diferentes gastos (impuestos, obras de conservación y reparación y responsabilidad del inquilino en daños ocasionados a terceros) no determinan la necesidad de que existiera prórroga forzosa. La tácita reconducción permite la duración del contrato más allá del año inicialmente pactado, por lo que la asunción de los gastos por el inquilino se hace conciliable con la tácita reconducción.

6. El mantenimiento de la vigencia del contrato a lo largo del tiempo por la anterior arrendadora, madre del actor, no es un acto contrario a la aplicación del artículo 9 RDL 2/1985. Este precepto permite que el contrato pueda prorrogarse en virtud de la tácita reconducción. La extensión de la duración del contrato más allá de lo inicialmente pactado no lo convierte en un contrato de duración indefinida. QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Miguel Ángel se formulan los siguientes motivos, todos ellos al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC: Motivo primero. «La Sentencia de alzada se opone frontalmente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por infringir y vulnerar el párrafo segundo del art. 1281, del Código Civil, el art. 1282, así como el art. 1285 del mismo cuerpo legal, revocando la interpretación dada por el Juzgador de instancia». Se fundamenta este motivo, en síntesis, en las siguientes alegaciones: El contrato de arrendamiento no es lo suficientemente claro y preciso para atenerse a la literalidad de sus términos. La Audiencia Provincial declara en la Sentencia que las cláusulas del contrato permiten "albergar dudas" respecto a la duración. Sin embargo, aplica y toma en consideración una única e individual cláusula contractual en un sentido estrictamente literal y gramatical. La interpretación literal de la cláusula ha llevado a la Audiencia Provincial una errónea conclusión de lo que fue la intención de las partes contratantes. Se alega la oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 4 de febrero de 1992, 12 de junio de 1990, 13 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986, 18 de mayo de 2005, 30 de noviembre de 2005, 15 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1993, entre otras muchas. Se concluye afirmando la interpretación del clausulado del contrato debería responder a la lógica sistemática y no a la literalidad. [...] SÉPTIMO.- Consideraciones generales sobre la interpretación del artículo 9 RDL 2/1985. Con la entrada en vigor del RDL 2/1985, el legislador pretendió acabar con el régimen de prórroga forzosa que obligaba a los arrendadores, por la sola voluntad de los arrendatarios, permanecer en el contrato de arrendamiento indefinidamente, contraviniendo los principios generales del Derecho civil que dotan a las obligaciones y contratos de la naturaleza de la temporalidad y del mutuo acuerdo. Dicha regulación se impuso no obstante la voluntad de las partes, que podían, si así lo deseaban, someterse voluntariamente al régimen del artículo 57 LAU 1964. Ahora bien, el citado sometimiento al régimen de prórroga forzosa ha de ser inequívoco, bien por así ser expresado en el contrato, bien por, de forma implícita, extraerse sin ningún género de dudas del articulado (SSTS 9 de septiembre de 2009 y de 7 de julio de 2010). OCTAVO.- Inexistencia de interés casacional. A) En las SSTS de 4 de febrero de 1992 (RC nº. 2837/1989) y de 20 de abril de 1993 (RC nº. 2821/1990) no se fija doctrina jurisprudencial en el sentido pretendido por la parte porque (i) se refieren ambas a arrendamientos de local de negocio, supuesto de hecho distinto del actual y (ii) dan respuesta a dos situaciones de hecho concretas. Las propias Sentencias establecen la necesidad de examinar cada contrato individualizadamente. B) La STS de 22 de junio de 2006 (RC nº. 1/2005), en un caso semejante, estableció que «Esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2008) que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida».

vigencia del Real Decreto Ley 2/85 es necesario que el pacto de prórroga forzosa conste con toda claridad y sin ninguna duda. Y es que, como es sabido, una de las novedades más importantes introducidas por el Real Decreto Ley 2/1985 respecto de la legislación arrendaticia anterior fue precisamente la supresión del régimen de prórroga forzosa, imperando desde su entrada en vigor, el 9 de mayo de 1985, una plena libertad a la hora de determinar la duración del contrato de arrendamiento urbano, desapareciendo por tanto la renovación temporal automática que por imperativo legal regulaba el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, lo que lógicamente no impide que en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el art. 1.255 del Código Civil, las partes se sometan al referido régimen. En el mismo sentido se pronuncian las STS de 4 de marzo de 2009, de 29 de diciembre de 2009 (241/2005), y de 7 de julio de 2010.- C) La Audiencia Provincial no ha realizado una interpretación contraria a las normas de hermenéutica.- La interpretación efectuada no solo no contraviene la doctrina jurisprudencial alegada, sino que no es incompatible con la misma, además de seguir fielmente las últimas Sentencias dictadas al respecto en procedimientos semejantes”.

De acuerdo a la propia mención en los contratos de arrendamiento del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, éstos se prorrogarían indefinidamente siempre que se dieran las condiciones económicas y no tener el inquilino otra vivienda, cabe recordar la previsión legal del artículo 1.255 del vigente Código Civil<sup>627</sup>. ¿Pues no sería contrario al espíritu de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 un contrato de arrendamiento de una duración “indefinida”? Piénsese que el antiguo TRLAU de 1964 limitaba el número de subrogaciones posibles y la LAU de 1994, aplicable al supuesto en estudio, no las limita, precisamente, porque limita la duración de los contratos.

Los contratos de arrendamiento celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985 y antes del 1 de enero de 1995<sup>628</sup> que sigan vigentes en esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la LAU de 1994, se regirán por el TRLAU y por el art. 9 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, regulando éste su duración. Por tanto, durarán el tiempo libremente pactado, no existiendo prórroga forzosa *ex* artículo 57 TRLAU, a menos que se pacte expresamente. Concluido el período pactado, si el arrendatario continúa en la ocupación, resultará de aplicación el artículo 1.581 en relación con el art. 1.566 del Código Civil, y podrá producirse la tácita reconducción, rigiéndose el arrendamiento renovado por las normas de la LAU de 1994.

---

<sup>627</sup> Al expresar: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que **no sean contrarios a las leyes**, a la moral ni al orden público” (el uso de negrita es propio).

<sup>628</sup> Fecha en que entró en vigor la LAU de 1994.

Como única diferencia, entre contratos de vivienda y de local, la referida Disposición Transitoria Primera prevé para los primeros (de vivienda), una vez finalizado el plazo contractual, una tácita reconducción por un plazo de tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación del artículo 9. Transcurridos estos tres años, operará la tácita reconducción de acuerdo con los arts. 1.566 y 1.581 del Código Civil.<sup>629</sup>

Tras un período inicial de confusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia acerca de la interpretación y alcance del art. 9 del RDL 2/85, se consolidó la postura jurisprudencial según la cual, los contratos de arrendamiento sometidos a la legislación especial de arrendamientos urbanos y concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, se encontraban excluidos del beneficio de la prórroga forzosa. Salvo que las partes contratantes pactasen la sumisión a la misma, bien constando ésta expresamente en el contrato, bien porque resulte que fue tal la intención de las partes; de tal manera que, en caso de que tal sumisión sea implícita, ésta deberá deducirse de actos inequívocos y concluyentes. Así pues, es preciso determinar cuál fue la voluntad de las partes al concluir el contrato, a través de la interpretación de éste.

Como ya se expuso, dicho criterio ha sido suscrito por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de noviembre de 2008, reiterado en la de 22 de junio de 2009. De modo que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, incompatible con el establecimiento de una duración “indefinida” o con expresiones similares (“por años”). Y sin que quepa reconducir tales expresiones a un supuesto de prórroga forzosa, cuyo pacto, siendo posterior al 9 de mayo de 1985, debería constar con toda claridad y sin ninguna duda. Indefinido o por años, no puede significar más que –lógicamente, por aquella temporalidad– no definido, a “definir” con la expresa previsión que, para el caso<sup>630</sup>, establece el art. 1.981 Código Civil, es decir será como se fijó el alquiler (anual, mensual,...). De modo y manera que transcurrido dicho plazo, solo puede continuar por tácita reconducción, salvo denuncia *ex art.* 1.566 del mismo cuerpo legal.<sup>631</sup>

Si la cuestión es dudosa hay que entender que no existe tal sometimiento a prórroga. Las Sentencias de fecha 7 de julio de 2010 (núms. 414/10 y 415/10) van aún más allá y reforzando la STS de 29 de diciembre de 2009, la 415/10, citando a esta última, afirma: “aunque desapareció el sistema de prórroga forzosa, nada

---

<sup>629</sup> En este apartado, cfr. Coord. CREMADES MORANT, J. (2011). “Conclusiones Seminario Arrendamientos Urbanos: Novedades Legislativas. El Desahucio. Madrid, 9. 10 y 11 de febrero de 2011”, Relatora: Àngels Gomis Masqué, CGPJ, [En línea]. [www.icam.es/docs/observatorio/obs\\_25266.pdf](http://www.icam.es/docs/observatorio/obs_25266.pdf).

<sup>630</sup> No se ha fijado el término, o se ha establecido por “años” o “meses”, etc.

<sup>631</sup> En el mismo sentido las SSTS de 22 de julio de 2008, 31 de octubre de 2008, 25 de noviembre de 2008, 22 de junio de 2009, 18 de diciembre de 2009, 29 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 18 de marzo de 2010 y 7 de julio de 2010.

impide, según la misma Sentencia, que, si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Pero, en tal caso, continúa la misma Sentencia es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, ya que, en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido. Y concluye: el referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante”.

Por su parte, la STS núm. 414/2010 declara como doctrina jurisprudencial<sup>632</sup> la siguiente:

“1º.- Reiterar como doctrina jurisprudencial que la existencia de cláusulas oscuras en contratos de arrendamiento celebrados una vez se produjo la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 no permite considerar que existe pacto expreso de sometimiento al régimen de prórroga forzosa regulado en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.”

Por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado expresa y reiteradamente<sup>633</sup> la validez y eficacia de las cláusulas de sumisión expresa a la prórroga forzosa en contratos posteriores al tan repetido RD 2/1985, que se mantiene a la entrada en vigor de la LAU de 1994. En este sentido la primera de las Sentencias del TS citadas declara: “El RDL 2/1985, de 30 abril, y concretamente el artículo 9, no suprime de plano la prórroga forzosa en los arrendamientos. Lo que ha hecho es liberar a los nuevos arrendadores de la restricción que de forma imperativa sujetaba a los contratos arrendaticios a través de la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario, a que venía respondiendo el artículo 57 LAU, más sin impedir su inclusión en el contrato por voluntad expresa de las partes, [...], y ello no es incompatible con el carácter temporal consustancial a los arrendamientos puesto que su vigencia es la propia de un contrato celebrado al amparo de un sistema normativamente previsto y jurisprudencialmente aceptado en el que lo que se pacta es un tiempo determinado expresamente vinculado a la prórroga, lo cual no supone "perpetuidad" sino sujeción a un periodo cierto condicionado a las causas de resolución legalmente previstas y al cumplimiento de las obligaciones que a cada parte contratante compete, en un sistema que el propio legislador ha respetado y que toma como referencia la

---

<sup>632</sup> Doctrina jurisprudencial declarada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de Julio de 2010 (ROJ 3519/2010), Ponente: D. Román García Varela.

<sup>633</sup> SSTs de 31 de octubre de 2008, 10 de marzo de 2010 y 18 de marzo de 2010.

unidad del contrato de arrendamiento y la consideración de la totalidad de los derechos y obligaciones que las partes voluntariamente asumieron desde la diversa posición que una y otra tienen dada la particular naturaleza del mismo”.

Por consiguiente, esta última consideración nos llevaría a determinar de forma simple el marco temporal configurado por la normativa de aplicación al caso concreto que nos ocupa, siendo la mayoría de los contratos de arrendamiento del año 1990, finalizado su plazo contractual de dos años en 1997<sup>634</sup>, aunque existió una tácita reconducción<sup>635</sup> de tres años más, hasta el año 2000, renovándose bienalmente<sup>636</sup> desde esa fecha.

1. SUPUESTO PRÁCTICO *SUB IUDICE*: PARA EL INQUILINO EL CONTRATO ARRENDATICIO ES INDEFINIDO MIENTRAS CUMPLA LAS CONDICIONES EX DECRETO 100/1986 A QUE EL MISMO SE REMITE

En el contrato de arrendamiento de referencia se pactó un plazo inicial de dos años, prorrogable por periodos bianuales (aunque correctamente debiera decir bienales) sucesivos en caso de que la arrendataria continuara reuniendo el requisito exigido en el art. 1 del Decreto 100/1986, que regula la cesión en arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública, y no fuera titular o poseedora de otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título jurídico dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid. Igualmente se pactó que las partes podrían dar por terminado el contrato, avisando mutuamente con un mes de antelación. Por ejemplo, si la empresa municipal arrendadora comunicara a la inquilina su voluntad de no prorrogar el contrato de arrendamiento cuando el mismo concluyera.

De conformidad con lo establecido en el art. 1.091 del CC, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos. El art. 1.569 CC dispone, en relación con el contrato de arrendamiento, que el arrendador podrá desahuciar judicialmente al arrendatario por haber expirado el término convencional fijado en el art. 1.581 del mismo cuerpo legal; según éste, si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se

---

<sup>634</sup> A partir de la entrada en vigor de la LAU el 1 de enero de 1995.

<sup>635</sup> Por la tácita reconducción, continúa la relación arrendaticia mediante la aparición de un nuevo arriendo, consentido en forma tácita y con efectos novatorios respecto al primero. En tal supuesto se extinguen, salvo pacto expreso, las garantías de terceros y el nuevo contrato puede estar sometido a un régimen jurídico distinto del inicial. Vid. D.T. 1ª (1. y 2., *in fine*) Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

<sup>636</sup> Al estar fijado el plazo del arrendamiento por dos años en el contrato.



entenderá hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, cesando el mismo, sin necesidad de requerimiento, una vez cumplido el término.

Si se sostiene que, de acuerdo con el contrato de arrendamiento y el Decreto 100/1986, el contrato se prorrogará automáticamente si la arrendataria cumple los requisitos expresados, esta interpretación implicaría de por sí la imposibilidad de resolver el contrato a instancia del arrendador, lo cual es contrario al principio de libre contratación y a la misma naturaleza del derecho de propiedad. Esta posibilidad queda claramente limitada por el clausulado del contrato, que establece que las partes podrán dar por terminado el mismo con preaviso de un mes "cuando las leyes lo permitan". La remisión genérica a la legislación debe entenderse realizada tanto al Código Civil y la legislación de arrendamientos urbanos, como a la normativa especial de viviendas de protección pública.

El art. 1.581 CC, que limita la duración de los contratos de arrendamiento de acuerdo con el plazo de alquiler fijado, tiene precisamente por objeto evitar la duración indeterminada del vínculo contractual, y del mismo resulta que si el alquiler se fijó por años, la duración será anual, pudiendo las partes instar la finalización. Por otro lado, el art. 138 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto 2114/68, de 24 de Julio, y el art. 30 del Real Decreto 2960/76, de 12 de Noviembre, que aprueba el Texto refundido de la legislación de viviendas de protección Oficial, prevén la posibilidad de resolución del contrato de arrendamiento por las causas y según el procedimiento establecidos en la legislación común.

Si nos remitimos a la Ley 29/1994, de 24 de Noviembre, de Arrendamientos Urbanos, encontramos que el art. 10 dispone que si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración, ninguna de las partes hubiera notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más; la prórroga, por consiguiente, no es automática si alguna de las partes comunica su voluntad de dar por terminado el contrato.

Por tanto, en opinión de la mercantil local propietaria de las viviendas sociales, el contrato que vincula a las partes y ahora en estudio no tiene un régimen de prórroga indefinida. La aplicación de la prórroga depende de la voluntad de las partes, también de la arrendadora; si ésta tiene voluntad de continuar con la vinculación contractual, la prórroga será automática en caso de que la arrendataria cumpla los requisitos legales, pero si no la tiene, no es posible considerarla obligada a permanecer vinculada, y el propio contrato en su cláusula séptima le permite desvincularse.

Mas el fallo del Tribunal de la apelación<sup>637</sup> (recurrida en casación) recoge: que la parte demandante formula su pretensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 1569.1 del CC, que faculta al arrendador a desahuciar judicialmente al inquilino cuando haya “expirado el plazo convencional”. Si atendemos al contrato de arrendamiento suscrito entre las partes contendientes, en fecha 17 de mayo de 2001, comprobamos que el mismo se suscribió por un tiempo de dos años, pero lo cierto es que en la cláusula tercera se prevé una ampliación a ese término previsto inicialmente, en concreto se dice expresamente que “La duración del contrato de arrendamiento de vivienda, se prorrogará por periodos bianuales sucesivos, en caso de que el arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el art. 1 del Decreto 100/1986 antes citado, y no sea titular o posea otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título jurídico dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid”; el requisito que se prevé en el artículo 1 del citado Decreto es el relativo a los ingresos anuales para poder ser adjudicatario de viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública (inferiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional).

Es decir, quien haya sido adjudicatario de una vivienda de protección oficial de promoción pública, pero siga cumpliendo los presupuestos que le dieron derecho a acceder a la misma, tanto en cuanto a ingresos económicos como a la falta de disposición de otra vivienda por cualquiera de los títulos citados, transcurrido el plazo de dos años previsto en el Decreto 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión, en arrendamiento, de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública, tendrá derecho a prórrogas sucesivas por periodos bianuales, según dispone el artículo 3 del citado Decreto y reza en el propio contrato suscrito. El pleito no se ha suscitado en torno a la no concurrencia de tales presupuesto sino sobre la base de la extinción del plazo pactado; plazo que si bien se cumplió el 16 de mayo de 2003, es evidente que quedó prorrogado, por lo que el contrato habrá de mantenerse mientras no se justifique que la demandada no cumple los requisitos para mantenerse en el arriendo.

No puede aferrarse para accionar la reclamante, a lo dispuesto en la cláusula séptima del contrato “Las partes podrán dar por terminado el presente contrato, avisando mutuamente con un mes de antelación, cuando las leyes lo permitan”; no cabe duda que esta estipulación debe interpretarse en sus propios términos y en relación con las otras. En la misma se prevé una mera formalidad –preaviso de un mes-, necesaria para dar por terminado el contrato, pero es evidente que ello no es en cualquier momento y circunstancia; en cualquier momento no puede serlo, porque las estipulaciones 2 y 3 establecen un plazo de duración del contrato de dos años y de prórrogas sucesivas bianuales si concurren en el cesionario los

---

<sup>637</sup> Cfr. St. 25 de junio de 2014, Audiencia Provincial de Madrid, Secc. Decimonovena, Rec. 306/2014, que revoca la St. de 17 de octubre de 2013, Juzgado de Primera Instancia Nº 47 de Madrid, Juicio verbal nº 1.015/2013, ésta última, estimatoria de todas las pretensiones de la mercantil local.

requisitos antes mencionados, y en cualquier circunstancias tampoco, porque para la efectividad de la extinción se precisa que las leyes lo permitan.

Debemos fijarnos ahora en el requerimiento efectuado por la demandante a la demanda, mediante carta de fecha 10 de abril de 2013, en el que si bien comunica su intención de dar por terminado el contrato que les une, no duda en poner a disposición de la destinataria de la misiva la posibilidad de formalizar un nuevo contrato sobre la misma vivienda; se desconoce con qué finalidad, si es con la de aumentar la renta de forma distinta a la prevista en la cláusula segunda del contrato o para burlar los derechos que, en su caso, le puedan corresponder a la adjudicataria en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto antes citado; propuesta, en definitiva, que no casa con la finalidad que, en cuanto órgano técnico de la gestión directa del Ayuntamiento de Madrid, en materia de vivienda, tiene la EMVS y se refleja en los Exponen del contrato objeto de la *litis*.

La sentencia queda desnaturalizada en sus presupuestos por varios motivos:

a) Considera la Sección que el arrendamiento se encuentra en situación de prórroga (automática y forzosa para el arrendador) conforme a la estipulación tercera del contrato, desde el 16 de Mayo de 2003, declarando la sentencia "que el contrato habrá de mantenerse mientras no se justifique que la demandada no cumple los requisitos para mantenerse en el arriendo". A tal pronunciamiento llega el juzgador como consecuencia de la clara inversión de las reglas sobre la carga de la prueba, al trasladar a la demandante apelada la carga de probar el incumplimiento de los requisitos exigidos para poder denegar la prórroga acogida en la sentencia que se recurre, y que afectaría tanto a la finalización del plazo pactado (dos años), como en las sucesivas prórrogas automáticas que la sentencia recurrida contempla, estableciéndose en consecuencia por el Juzgador, sin motivación alguna, la presunción de que a la finalización del contrato la demandada apelante sí cumplía dichos requisitos, y que por lo tanto, la prórroga mencionada procedía automáticamente, salvo que por el arrendador se acreditase el incumplimiento de dichos requisitos contractualmente establecidos.

b) La conclusión y pronunciamiento a la que la sentencia recurrida llega sobre el carácter forzoso de la prórroga de la cláusula tercera del contrato de arrendamiento se ha efectuado con infracción, a nuestro juicio, del art. 1.281 del CC, y produce además la consecuencia ilógica y absurda de que dicha prórroga se habría constituido tanto como un derecho a favor del arrendatario como una obligación para el mismo, es decir, el arrendatario (la demandada apelante), no podría haber resuelto unilateralmente el contrato de arrendamiento al vencimiento del plazo pactado (dos años), ya que el contrato se prorrogaría forzosamente, tanto para el arrendador como para el arrendatario, salvo que éste, el arrendatario, hubiese dejado de cumplir los requisitos económicos del art. 1 del Decreto 100/1986 y tuviera a su disposición otra vivienda, por lo que a salvo de este presupuesto de incumplimiento, como se indica, el arrendatario tendría que permanecer en el arrendamiento perpetuamente.

Tal consecuencia resulta contraria a lo establecido en el art. 1.258 del CC, en cuanto a que los contratos una vez perfeccionados no solo obligan a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso, y la ley. Esta referencia a la ley, debe entenderse en el caso de la presente *litis*, a juicio de esta parte, a la ley arrendaticia.

Por otra parte, el art. 1.091 del CC establece que las obligaciones deben cumplirse a tenor de lo establecido en el contrato, el cual tiene fuerza de ley entre las partes. Entiende esta parte por lo tanto, que una lógica y razonada valoración de las estipulaciones tercera, sexta, y séptima del contrato de arrendamiento suscrito, y teniendo en cuenta los principios que informan nuestra sistema jurídico en materia de arrendamientos recogidos en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos aplicable a dicho contrato, y conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el pronunciamiento de la sentencia recurrida debió ser otro distinto, y en el mismo sentido de lo pronunciado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid, cuyos razonamientos y fundamentos contenidos en su sentencia resultan más ajustados a Derecho.

c) La sentencia objeto de este recurso acoge que la situación legal del arrendamiento era la de su prórroga forzosa automática conforme a la estipulación tercera del contrato. La sentencia establece en su Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 5, “que el pleito no se ha suscitado en torno a la no concurrencia de tales presupuestos sino sobre la base de la extinción del plazo pactado, plazo que si bien se cumplió el 16 de Mayo de 2003, es evidente que quedó prorrogado, por lo que el contrato habrá de mantenerse mientras no se justifique que la demandada no cumple los requisitos para mantenerse en el arriendo”.

Los efectos de dicho pronunciamiento son, por una parte, la presunción por parte del Juzgador de que la prórroga de la duración del contrato operada fue conforme a lo establecido en la cláusula tercera del contrato, y por otra, que el arrendatario reunía los requisitos para la obtención de dicha prórroga (nivel de ingresos y no disposición de otra vivienda). Tal presunción carece, a juicio de esta parte, de todo razonamiento que la ampare, y además excluye, también sin razonamiento o motivo alguno, la posibilidad de otro tipo de prórrogas, por lo que resultaría ilógica. Al admitirse que el contrato quedó prorrogado a la fecha de cumplimiento del plazo pactado (16 de Mayo de 2003), lo cual resulta evidente y no ha sido discutido, no es posible excluir otras posibles prórrogas distintas a la contemplada en la estipulación tercera del contrato sin razonamiento ni fundamentación alguna. El contrato pudo haberse prorrogado (y como así sucedió a juicio de esta parte) por ministerio de la Ley (arts. 9 y 10 de la LAU), o la tácita reconducción establecida en el art. 1.566 del CC, por lo que la presunción judicial establecida a partir de la evidencia de la prórroga del contrato, además de carecer de la motivación exigida, adolece del enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre el hecho probado del que se parte (la prórroga) con el tipo o clase de prórroga que debe ser acogida o reconocida, y con las que deban ser excluidas.

En el presente caso, a nuestro juicio, de ningún hecho acreditado cabe presumir que la prórroga contractual acogida en la sentencia se hubiera producido, y por el contrario, la lógica y la razón, y el alcance y contenido de los arts. 9 y 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y el art. 1.566 del CC, permiten apreciar sin ninguna duda que en el presente caso el contrato se prorrogó a la finalización del plazo pactado de conformidad con lo prevenido en dichos preceptos vigentes al tiempo de formalización del arrendamiento.

La consecuencia del establecimiento de la presunción judicial efectuada en la sentencia es la de entender probado (a pesar de la total ausencia y actividad probatoria de la demandada apelante), que a la finalización del plazo contractual, éste se prorrogó conforme a la prórroga convencional establecida, y que por lo tanto, que se ha acreditado, mediante dicha presunción, la concurrencia en la demandada apelante, al tiempo de finalización del plazo, de los requisitos exigidos contractualmente para la prórroga del contrato (nivel ingresos y no titularidad de otra vivienda), todo lo cual ha venido a sustentar el fallo de la sentencia que se recurre.

Otra consecuencia es la ya indicada, ilógica y absurda, de que dicha prórroga se habría constituido tanto como un derecho a favor del arrendatario como una obligación para el mismo, es decir, el arrendatario (la demandada apelante), no podría resolver unilateralmente el contrato de arrendamiento al vencimiento del plazo pactado (dos años), y el contrato se prorrogaría forzosamente, tanto para el arrendador como para el arrendatario, salvo que éste, el arrendatario, hubiese dejado de cumplir los requisitos económicos del art. 1 del Decreto 100/1986 y tuviera a su disposición otra vivienda, por lo que a salvo de este presupuesto de incumplimiento, como se indica, el arrendatario tendría que permanecer en el arrendamiento perpetuamente y sin posibilidad de resolverlo. Reiterada Jurisprudencia como la que se cita a continuación, veda o prohíbe los arrendamientos a perpetuidad.

Es manifiesta la infracción en la sentencia recurrida por desconocimiento o inaplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>638</sup>, según la cual, tras la entrada en vigor del RDL 2/1985, se produjo la supresión del régimen de prórroga forzosa automático, que imponía el art. 57 del TRLAU de 24 de Diciembre de 1964, pero sin embargo, nada impide a las partes, en uso de su libertad contractual, que puedan establecer cláusulas o pactos que impliquen el voluntario sometimiento al referido sistema, pero en tal supuesto, es necesaria la existencia de un acuerdo expreso de acatamiento, pues en caso contrario, ha de estarse a la norma general, concerniente a la determinación de la duración del contrato por el tiempo convenido.

---

<sup>638</sup> Como así se recoge en la STS 2.161/2011, Secc. 1ª, de fecha 26 de Abril de 2011, en su Fundamento de Derecho Tercero y STS 7.153/2012, Secc. 1ª, de fecha 12 de Noviembre de 2012, en su Fundamento de Derecho Segundo.

Esta parte entiende que la jurisprudencia indicada es aplicable a la presente *litis*, cuyo presupuesto es el contrato de arrendamiento de vivienda de fecha 17 de Mayo de 2001, pues si bien en éste no se establece su sometimiento a la prórroga forzosa de la LAU de 1964, si se introduce en el mismo una cláusula que la sentencia objeto de este recurso considera que somete a prórroga forzosa a dicho contrato, y de la cual parte toda la controversia del pleito.

Establece dicha cláusula, la estipulación tercera del contrato indicado, lo siguiente:

“La duración del contrato de arrendamiento de la vivienda, se prorrogará por periodos *bianuales* (SIC) sucesivos, en caso de que el arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el art.1º del Decreto 100/1986 antes citado, y no sea titular o posea otra vivienda por compraventa, arrendamiento, o cualquier otro título jurídico dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid. En el supuesto de que el arrendatario no reúna el requisito exigido por el Art 1º del Decreto 100/1986, y la EMV decida la prórroga del contrato, la renta a pagar por dicho inquilino se incrementará en un séptimo de la renta anual de la vivienda que viniera satisfaciendo. Tal incremento se revisará en periodos sucesivos, en la misma forma que la renta de la vivienda”.

La cláusula tercera transcrita, y prueba de ello son las distintas interpretaciones efectuadas por el Juzgado de la Primera Instancia y por la Audiencia Provincial, parece carecer de la claridad necesaria que permita una única interpretación.

Como ya se ha señalado anteriormente, el principal pronunciamiento de la sentencia recurrida es el acogimiento de que en el presente caso nos encontraríamos ante un contrato de arrendamiento sujeto a prórroga forzosa automática indefinida en el tiempo. A nuestro juicio, únicamente es posible que el Tribunal de Instancia haya llegado a tal conclusión en base a lo establecido en la cláusula tercera del contrato y obviando la aplicación de la legislación arrendaticia.

La posibilidad de otro tipo de prórrogas no forzosas no son valoradas por el Tribunal de Instancia para su exclusión. Al admitirse que el contrato quedó prorrogado el 16 de Mayo de 2013, esto es, a la fecha de cumplimiento del plazo de dos años (lo que resulta evidente y no ha sido discutido), no es posible excluir de la valoración otras posibles prórrogas distintas (no forzosas) a la apreciada por el Tribunal de instancia, ya que la cláusula tercera del contrato permite interpretar que el contrato pudo haberse prorrogado (y como así sucedió a nuestro juicio) por ministerio de la Ley (arts. 9 y 10 de la LAU), y la tácita reconducción establecida en el art. 1.566 del CC.

En el presente caso, de ningún hecho acreditado cabe deducir que el contenido de la cláusula tercera del contrato venga referido a prórroga forzosa alguna como la que es acogida en la sentencia que se recurre. Por el contrario, de la prueba y valoración de la misma con arreglo a la lógica y a la a razón, y teniendo en cuenta la aplicación de los arts. 9 y 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y el art. 1.566 del Código Civil, permiten apreciar sin

ninguna duda que en el presente caso el contrato se prorrogó a la finalización del plazo pactado de conformidad con lo prevenido en dichos preceptos vigentes al tiempo de formalización del arrendamiento.

Por otra parte, el acogimiento en la sentencia de la existencia de una cláusula del contrato de arrendamiento que obliga a la prórroga forzosa del mismo, tiene a nuestro juicio, de entre otras, de la ilógica y absurda consecuencia de que dicha prórroga forzosa se habría constituido tanto como un derecho a favor del arrendatario como una obligación para el mismo, es decir, el arrendatario (la demandada apelante), no podría resolver unilateralmente el contrato de arrendamiento al vencimiento del plazo pactado (dos años), y el contrato se prorrogaría forzosamente, tanto para el arrendador como para el arrendatario, salvo que éste, el arrendatario, hubiese dejado de cumplir los requisitos económicos del art. 1 del Decreto 100/1986 y tuviera a su disposición otra vivienda, por lo que a salvo de este presupuesto de incumplimiento, como se indica, el arrendatario tendría que permanecer en el arrendamiento perpetuamente y sin posibilidad de resolverlo. Reiterada Jurisprudencia como la ya mencionada, veda o prohíbe además los arrendamientos a perpetuidad<sup>639</sup>.

Por ello entiende esta parte que el contrato de arrendamiento litigioso adolece de pacto expreso que someta el mismo a un régimen de prórroga forzosa automática a la finalización del plazo pactado, y que por lo tanto, la cuestión litigiosa debería resolverse mediante la aplicación de los arts. 9 y 10 de la LAU, y del art. 1.566 del CCI, por cuanto, en síntesis, a la finalización del plazo pactado, el contrato se habría prorrogado automática y forzosamente hasta cumplir cinco años de duración, siempre y cuando el arrendatario siguiese reuniendo el requisito del art. 1 del Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid y no tuviese además otra vivienda a su disposición en la Comunidad de Madrid, y transcurridos los cinco años indicados, el arrendamiento se habría prorrogado año a año en virtud de la tácita reconducción del art. 1.566 del CC, el arrendador, no manifestase su voluntad de

---

<sup>639</sup> En cuanto a la infracción en la sentencia de apelación por inaplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual el sometimiento de los arrendamientos a prórroga forzosa debe ser claro y determinante, y que se recoge en las siguientes sentencias:

- STS 3.519/2010, Secc. Primera, de fecha 7 de Julio de 2010
- STS 1.812/2011, Secc. Primera, de fecha 7 de Abril de 2011
- STS 5.443/2009, Secc. Primera, de fecha 9 de Septiembre de 2009
- STS 2.499, Secc. Primera, de fecha 8 de Abril de 2011
- STS 3.136/2011, Secc. Primera, de fecha 30 de Mayo de 2011
- STS 3.622/2011, Secc. Primera, de fecha 15 de Junio de 2011.

no prorrogar más el contrato. Ello resulta acorde además con las Estipulaciones sexta y séptima del contrato de arrendamiento, al establecerse lo siguiente en las mismas:

*Sexta.- Las partes se someten a las disposiciones vigentes en todo momento si son de obligada observancia y en otro caso, a las presentes condiciones y subsidiariamente a aquellas disposiciones.*

*Séptima.- Las partes podrán dar por terminado el presente contrato, avisándose mutuamente con un mes de antelación cuando las Leyes lo permitan (...).*

Según las estipulaciones reflejadas y de conformidad con lo establecido en el art. 1.569. 1 y 1.566 del CC, el arrendador comunicó a la arrendataria, hoy demandada apelante, la finalización del contrato.

Por último, es enriquecedor hacer aquí un análisis del Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid, por cuanto en la estipulación tercera del contrato de arrendamiento se hace una remisión a un artículo concreto de dicho Decreto, el art. 1, y también porque la sentencia objeto del recurso de casación a que nos referimos, menciona o insinúa la aplicación de dicho Decreto en su totalidad, o al menos así lo interpreto, ya que al hacerse en la sentencia un juicio sobre la intencionalidad o finalidad de la carta de fecha 10 de Abril de 2013 enviada a la arrendataria dando por finalizado el arrendamiento y posibilitando la firma de un nuevo contrato, se pronuncia en los siguientes términos: “[...] si es con la de aumentar la renta de forma distinta a la prevista en la cláusula segunda apartados 2) y 3) del contrato o para burlar los derechos que, en su caso, le puedan corresponder a la adjudicataria en virtud de lo dispuesto en el art. 6 del decreto antes citado; propuesta, en definitiva, que no casa con la finalidad que, en cuanto órgano técnico de la gestión directa del Ayuntamiento de Madrid, en materia de vivienda, tiene la EMVS y se refleja en los Expone del contrato objeto de la litis”.

En el contrato de arrendamiento litigioso no se establece expresamente la aplicación del Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid en su totalidad. Solo hace remisión al art. 1 de dicho Decreto. No hace por lo tanto ninguna remisión a la aplicación del art. 6 de tal Decreto, el que contempla un posible derecho de compra a favor de los arrendatarios, y sin embargo la sentencia, de algún modo, si está contemplando su aplicación al presuponer el derecho contemplado en el mencionado art. 6, lo cual a nuestro juicio no es posible, salvo que se esté considerando por el Tribunal la aplicación íntegra de dicho Decreto, lo cual constituye una infracción más que ha de ser objeto y resolución del recurso de casación.



Para el TS<sup>640</sup> *la existencia de cláusulas oscuras en contratos de arrendamiento celebrados una vez se produjo la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 no permite considerar que existe pacto expreso de sometimiento al régimen de prórroga forzosa regulado en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.*

La jurisprudencia citada es de aplicación al asunto objeto de la presente *litis*, si bien referido a la prórroga forzosa automática acogida en la sentencia en relación a las cláusulas tercera, sexta y séptima del contrato de arrendamiento, y la directa aplicación del Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid.

Como ya se ha indicado, el Preámbulo del Decreto 100/1986 declara lo siguiente:

“Dentro del marco del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, por el que se dictaron normas sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento de viviendas de Protección Oficial, la presente disposición establece, para el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, un conjunto de normas particulares que, en parte, derogan y sustituyen al Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolló el Decreto-ley antes citado, estableciéndose ahora las condiciones básicas bajo las cuales los entes públicos titulares de viviendas de Promoción Pública cederán dichas viviendas en arrendamiento; regulando *ex novo* las subvenciones que dichos entes podrán disponer para facilitar a los arrendatarios el pago de las rentas y estableciendo, en suma, un marco claro de derechos y obligaciones en materia de conservación de las viviendas, dentro de las líneas básicas de la legislación arrendaticia general, que se completa, en determinadas circunstancias tasadas, con la facultad de los inquilinos de acceder a la propiedad de las viviendas mismas”.

Por consiguiente y a nuestro juicio, la sentencia de apelación infringe la jurisprudencia citada por cuanto la interpretación que se efectúa de las cláusulas controvertidas del contrato (tercera, sexta, y séptima) se realiza sin tener en cuenta e ignorando la misma, e incluso despreciando e ignorando la legislación arrendaticia aplicable (Ley 29/1994). Tengamos siempre presente que el contrato de arrendamiento de fecha 17 de Mayo de 2001, establece en su estipulación segunda un arrendamiento por plazo de dos años, y la cláusula tercera del mismo contrato establece: “La duración del contrato de arrendamiento de la vivienda, se prorrogará por periodos bianuales sucesivos, en caso de que el arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el art. 1 del Decreto 100/1986 antes citado, y no sea titular o posea otra vivienda por compraventa, arrendamiento, o cualquier otro título jurídico dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid. En el supuesto de que el arrendatario no reúna el requisito exigido por el Art 1 del Decreto 100/1986, y la EMV decida la prórroga del contrato, la renta a pagar por dicho inquilino se incrementará en un séptimo de la renta anual de la vivienda que

---

<sup>640</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 3.519 de fecha 7 de Julio 2010, al igual que la St. del mismo Tribunal, de fecha 29 de Diciembre de 2009.

viniera satisfaciendo. Tal incremento se revisará en períodos sucesivos, en la misma forma que la renta de la vivienda”.

Así mismo, la sentencia de apelación infringe, en nuestra opinión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>641</sup>, en relación a los arts. 1.255, 1.256, 1.258, y 1.543 del Código Civil y art.4 de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos.

Señala la Jurisprudencia indicada, y otras ya citadas, que el art. 1.543 del CC impone la necesidad de fijación de un tiempo determinado en los arrendamientos, y si bien el art. 4 de la LAU introduce cierta libertad para establecer los pactos que las partes tengan por conveniente, conforme al art. 1.255 del CC (y en los arrendamientos de vivienda las limitaciones indicadas en el punto 2 del indicado art. 4 de la LAU), en ningún caso, y conforme al art. 1.256 del Código Civil, el cumplimiento del contrato de arrendamiento puede quedar al arbitrio de una de las partes.

La sentencia de apelación, de constante referencia, infringe la doctrina jurisprudencial respecto a los preceptos legales mencionados, por cuanto los pronunciamientos que efectúa son contrarios a la libre voluntad de las partes y los pactos plasmados en el contrato de arrendamiento, especialmente en cuanto a la duración pactada, y sus prórrogas, conforme a la estipulación tercera, y la importante incidencia de las cláusulas sexta y séptima del mismo contrato, tan repetidamente analizado por otros motivos de los recursos formulados, y del mismo modo, la tesis plasmada y recogida en la sentencia recurrida, tendría como consecuencia, entre otras, la de dejar al arbitrio de la demandada apelante la efectiva determinación de la duración del contrato de arrendamiento, dada la evidente vocación de perpetuidad del mismo, salvo que sea casada la resolución de apelación y, por ende, sea ratificada la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 47, por ajustarse la misma a la Jurisprudencia citada.

Respecto a la infracción en la sentencia repetida por inaplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>642</sup> sobre la tácita reconducción, arts. 1.566 y 1.581 del CC, y arts. 9 y 10 de la LAU, dicha sentencia, sobre las únicas bases fácticas de la existencia del contrato de arrendamiento y de las sucesivas prórrogas *de facto* operadas en el arrendamiento, concluye sin lógica y razonamiento alguno en la presunción de que la prórroga operada y actualmente vigente es la contemplada en la estipulación tercera del contrato como una prórroga forzosa libremente acordada por las partes.

---

<sup>641</sup> Cfr. STS 2.499/2011, Secc. 1ª, de fecha 8 de Abril de 2011 y STS 5.443/2009, Secc. 1ª, de fecha 9 de Septiembre de 2009.

<sup>642</sup> SSTs 5.815/2013, Sección 1ª, de fecha 5 de Diciembre de 2013; 2.166/2013, Sección 1ª, de fecha 16 de Abril de 2013; 1.263/1992, Sección 1ª, de fecha 26 de Febrero de 1992; 6.687/2010, Sección 1ª, de fecha 22 de Noviembre de 2010.

No razona los motivos por los que deba considerarse dicha prórroga como forzosa y automática, ni la exclusión de la posibilidad de que la prórroga del arrendamiento se hubiese podido producir de conformidad con lo establecido en los arts. 9, 10 de la LAU y en el art. 1.566 del CC, más aún cuando no se ha acreditado en el proceso que por la demandada apelante se hubiese solicitado la prórroga convencional establecida en el contrato transcurridos dos años de vigencia del arrendamiento, ni se haya acreditado como presupuesto de dicho derecho convencional a la prórroga forzosa, del cumplimiento por la arrendataria de los requisitos sobre ingresos económicos y la no titularidad de otra vivienda.

Por otra parte, de confirmarse la tesis recogida en la repetida sentencia que se recurre, se podría llegar a la ilógica y absurda conclusión de que la prórroga declarada en sentencia, se habría constituido tanto como un derecho a favor del arrendatario como una obligación para el mismo, es decir, el arrendatario (la demandada apelante), no podría resolver unilateralmente el contrato de arrendamiento al vencimiento del plazo pactado (dos años), y el contrato se prorrogaría forzosamente, tanto para el arrendador como para el arrendatario, salvo que éste, el arrendatario, hubiese dejado de cumplir los requisitos económicos del art. 1 del Decreto 100/1986 o tuviera a su disposición otra vivienda, por lo que a salvo de este presupuesto de incumplimiento, como se indica, el arrendatario tendría que permanecer en el arrendamiento perpetuamente.

En resumen, la procedente y ajustada a Derecho aplicación en el presente asunto, a nuestro juicio, de los arts. 9 y 10 de la LAU sobre la duración de los contratos de arrendamiento y sus prórrogas legales, así como de la tácita reconducción del art. 1.566 del CC, y habiéndose efectuado la comunicación por el arrendador de su voluntad de no prorrogar el contrato, tendría que tener como resultado de la presente *litis*, la acogida favorable del recurso ya planteado ante el TS, casando la sentencia recurrida, y ratificando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 47 por resultar ésta ajustada a la doctrina jurisprudencial aplicable.

### III. UTILIDAD DEL ARBITRAJE. SU USO EN EL SERVICIO MUNICIPAL DE ALQUILER (EMVS)

Si se cuestiona la validez de la sumisión a arbitraje en los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. El Preámbulo de la LAU contempla la posibilidad de que las partes puedan pactar para la solución de sus conflictos la utilización del procedimiento arbitral. Por otra parte, el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje establece que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”, sin ninguna excepción.

Atendida la naturaleza del contrato de arrendamiento ningún obstáculo se encuentra para someter a arbitraje las cuestiones que en el desarrollo del mismo puedan surgir entre las partes, el problema se plantea exclusivamente en relación al juicio de desahucio por falta de pago de la renta, en tanto su regulación procesal contiene normas imperativas (esencialmente en lo que se refiere al beneficio de la enervación).

Las normas imperativas operan como límite a la actuación de los árbitros y éstos deben observarlas, so pena de nulidad total o parcial de su laudo. Se concluye que ningún obstáculo existe para la resolución del contrato por falta de pago de la renta a través del procedimiento arbitral siempre que en el mismo se prevean y observen las garantías oportunas para el respeto al arrendatario del beneficio de la enervación<sup>643</sup>.

Por tanto, expresamente se establece en la LAU cabe pactar la sumisión a mediación o arbitraje de aquellas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos. Recuérdese que según el artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, lo que incluye la materia arrendaticia según la doctrina<sup>644</sup>.

No obstante, como apuntó el profesor REGLERO<sup>645</sup> al comienzo de su comentario al artículo 6 de la LAU, su texto (el de la repetida Ley) “se enmarca dentro del nuevo orden que inspira la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, caracterizado por el mantenimiento del carácter tuitivo de sus normas respecto de los arrendamientos de viviendas”.

En lo que se refiere al fuero territorial, la propia sumisión al arbitraje impide que puedan invocarse normas de competencia diseñadas para procesos judiciales, son dos ámbitos distintos y netamente separados.

La norma procesal de competencia puede ser imperativa y de orden público dentro del proceso, pero deja de serlo en instituciones ajenas a él. El propio Preámbulo de la LAU señala que el fuero imperativo de competencia territorial no es óbice a la posibilidad de pactar el arbitraje.

---

<sup>643</sup> Cfr. Coord. CREMADES MORANT, J. (2011). “Conclusiones Seminario Arrendamientos Urbanos: Novedades Legislativas. El Desahucio. Madrid, 9. 10 y 11 de febrero de 2011”, Relatora: Àngels Gomis Masqué, CGPJ [En línea]. [https://www.icam.es/docs/observatorio/obs\\_25266.pdf](https://www.icam.es/docs/observatorio/obs_25266.pdf)

<sup>644</sup> Vid., por ejemplo, OLIVENCIA RUIZ, M., comentario al «Artículo 2», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Thomson Aranzadi, 2004, P. 49.

<sup>645</sup> REGLERO CAMPOS/COSTAS RODAL, comentario al «Artículo 6», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 5ª edición, dir. R. Bercovitz, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, P. 136.

El problema se plantea en el caso de ejecución forzosa de laudos arbitrales, ya que en tal caso puede orillarse la competencia territorial imperativa (lugar en que esté sita la finca –art. 52.7 en relación con el 545.1 LEC-), por cuanto el apartado 2 del art. 545 establece que la competencia para resolver acerca de la ejecución de un laudo arbitral corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado dicho laudo. Se concluye que ello no es óbice para la ejecutabilidad del laudo y que la competencia ha de determinarse conforme al art. 545.2, procediéndose en su caso a la práctica del lanzamiento a través de exhorto<sup>646</sup>.

En diciembre de 2004 se puso en marcha en Madrid un programa pionero denominado como Agencia Municipal de Alquiler, dicho servicio era prestado por la Fundación de Derechos Civiles<sup>647</sup>, en calidad de adjudicataria del Servicio Municipal “Agencia Municipal de Alquiler”. En el año 2010 se traspasa la gestión del meritado servicio a la EMVS, pasando a denominarse Servicio Municipal de Alquiler.

En todo ese tiempo se ha conseguido que no hubiera ni un sólo propietario que se quedara sin percibir la renta convenida, actuando convenientemente a través de los servicios de mediación, asesoría jurídica o reclamación, en los casos en los que se presentaron problemas, y recurriendo al seguro de impago de rentas cuando resultó necesario.

Con el objetivo de aumentar el número de viviendas disponibles para el alquiler en Madrid capital, es un servicio de carácter integral que tiene por objeto fomentar el alquiler facilitando al propietario todo el proceso y eliminando incertidumbres y problemas mediante la búsqueda del inquilino más adecuado, la gestión de los posibles conflictos a lo largo de la vigencia del contrato, las garantías ante daños o impagos, el asesoramiento especializado y el apoyo en la tramitación de las diferentes Ayudas Públicas disponibles.

Los beneficios más destacados que encuentra el propietario que alquila su vivienda a través del Servicio Municipal de Alquiler son la cobertura gratuita durante un año del seguro de impago de la renta y del seguro “multirriesgo” hogar, además de una gestión integral que permite al propietario disponer de un servicio profesional de gestión<sup>648</sup>.

Por tanto, la renta de la vivienda en caso de impago está asegurada por un periodo de doce meses, cubriendo las rentas impagadas hasta la devolución de la vivienda, con un límite máximo de la cantidad correspondiente a doce mensualidades y con una de carencia. A tal efecto, el Servicio Municipal de Alquiler ha suscrito y abonado en

---

<sup>646</sup> Vid. Opus cit. Coord. CREMADES MORANT, J.

<sup>647</sup> Inscrita con número 28/1036 en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

<sup>648</sup> Fuente: [www.emvs.es/Alquiler/Propietarios/Paginas/informacion.aspx](http://www.emvs.es/Alquiler/Propietarios/Paginas/informacion.aspx). Fecha de consulta: 12/03/15.

calidad de tomador, los seguros y acuerdos necesarios tendentes a garantizar el impago de rentas que se pudieran producir.

En caso de tratarse de vivienda protegida, la propiedad deberá tramitar el visado ante la Dirección General de Arquitectura y Vivienda de la Comunidad de Madrid.

Así mismo, el arrendador debe hacer constar que la vivienda objeto de arrendamiento se encuentra en perfectas condiciones de habitabilidad, contando con el alta de los suministros (agua, gas y electricidad) y sin que esté previsto ejecutar obras de conservación por parte de la comunidad de propietarios que afecten a la vivienda arrendada.

En cuanto al sometimiento convencional a procedimiento arbitral de las partes en las cuestiones litigiosas que surjan en los arrendamientos tramitados, tal posibilidad de sometimiento al arbitraje como vía de resolución de conflictos supone una alternativa eficaz y económica a los tribunales ordinarios.

El laudo arbitral que emite el árbitro de la Asociación de Arbitraje Inmobiliario en el procedimiento arbitral instado debe recoger, entre otros, los dos siguientes extremos:

El objeto del arbitraje, según solicita la demandante, consiste en que se declare el desahucio de los demandados de la vivienda por falta de pago de rentas, por ejemplo y se condene a la parte demandada: a su desalojo y lanzamiento del inmueble; al pago por rentas y recibos impagados; al pago de las rentas que se sigan devengando hasta la entrega de la posesión de la vivienda a la parte demandante; y al abono de las costas del procedimiento.

La competencia de la Asociación de Arbitraje Inmobiliario en el conflicto está establecida en el contrato de arrendamiento de vivienda objeto de controversia. En su clausulado, las partes se sometieron, para la resolución de cualquier litigio que pudiera derivarse de la interpretación o aplicación del contrato de arrendamiento, al sistema arbitral de la Asociación de arbitraje Inmobiliario.

Recibida la demanda arbitral, designado el árbitro y aceptado el cargo, se debe dictar resolución admitiendo la demanda junto con la prueba documental que con ella se aporte. Seguidamente, se da traslado de la demanda y sus documentos a la parte demandada para alegaciones y proposición, en su caso, de pruebas; concediéndose a dicho efecto un plazo de diez días hábiles. Se les notifica a los demandados, igualmente, las circunstancias alegadas por la demandante que no permiten, en su caso, la enervación del desahucio.

En cuanto a la fundamentación jurídica del laudo, por ejemplo, en reclamación de desahucio por falta de pago, cabe decir que la falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido el arrendatario es un incumplimiento esencial del contrato de arrendamiento que faculta al arrendador, de conformidad con el artículo 27 LAU en relación con el artículo 1.124 CC, a resolver de pleno derecho el contrato de arrendamiento. Debe constar con la documental

aportada la reclamación de pago fehaciente efectuada por la actora a los demandados con más de un mes de antelación a la interposición a la demanda, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 22.4 de la LEC, a los demandados no les asiste el derecho de enervar la acción de desahucio, lo que fue comunicado a dichos demandados con la resolución de admisión de la demanda.

Al no haber abonado los demandados las cantidades reclamadas por la parte actora al tiempo de la presentación de la demanda, procede que se acuerde la resolución del contrato de arrendamiento que ligaba a las partes, así como a decretar el desahucio. También, procede condenar a los demandados al pago de las rentas. Al estimarse íntegramente la demanda, procede imponer las costas procesales a la parte demandada (art. 394 LEC). Circunstancias de condena, que todas ellas se deben reflejar en el fallo del laudo<sup>649</sup>.

---

<sup>649</sup> Cfr. Laudo Arbitral de 1 de abril de 2011, expediente Asociación de Arbitraje Inmobiliario (ARBIN) 6/2011.

DANIEL MONTERO FERREIRA



## CONCLUSIONES

### *a) De la Introducción*

Las modificaciones subjetivas de los contratos de arrendamientos sobre vivienda protegida, se materializan por vía de hecho, por disposición legal y/o resolución judicial en forma de novaciones subjetivas. En cuanto al arrendador, se manifiestan por ejemplo, en la venta de promociones de vivienda social, que realiza la sociedad municipal correspondiente para coadyuvar a sanear sus cuentas. Respecto al arrendatario, se manifiesta en el incremento de los litigios dimanante de procesos de desahucios arrendaticios, como avalan los informes del Consejo General del Poder Judicial.

El mercado inmobiliario ha cambiado en los últimos años, liderando las ventas la banca, tras la crisis del sector, propiciando aumentos significativos de las novaciones subjetivas en arrendamientos de viviendas protegidas como se infiere del mayor número de desahucios.

La EMVS es una sociedad mercantil, cien por ciento capital municipal, que se ocupa de la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid.

Si acomodamos los registros de demandantes con la promoción directa de viviendas protegidas por las Administraciones públicas, a través o no de empresas públicas con forma jurídico-privada, única alternativa a la huida de los promotores privados a la vivienda libre en periodos económicos en alza, las políticas de vivienda obtendrían mejores resultados sociales.

### *b) Del Capítulo Primero*

Los planes de vivienda suponen un conjunto de medidas de apoyo a los ciudadanos con la finalidad de facilitarles una solución de vivienda. Las viviendas protegidas están sometidas a un régimen legal de protección; en régimen de arrendamiento suponen limitación a la renta, cesión y determinados requisitos en el adjudicatario.

La vivienda con protección pública es la categoría específica de vivienda protegida en la CAM.

Resulta evidente la escasa eficacia de las medidas legales para evitar el fraude en relación con la vivienda protegida.

La extinción del condominio es una operación jurídica de partición y no de transmisión de dominio.

*c) Del Capítulo Segundo*

Tradicionalmente se distingue la novación propia o extintiva de la impropia o modificativa. De forma subjetiva, la novación se produce en la persona del acreedor y con mayores dificultades en la del deudor. Así, la expromisión es la asunción de la deuda ajena por un tercero, en virtud de un acuerdo sinalagmático entre acreedor y tercero que asume dicha deuda y sin intervención del primigenio deudor, matiz que la diferencia de la delegación; también hay que mencionar la cesión de créditos.

Por la cesión del arrendamiento, el arrendatario transmite a un tercero su posición jurídica, pero si es la ley la que ordena y/o permite la sustitución, se habla entonces de subrogación. Además, hay que entender la cesión como contrato y la subrogación como acto.

La LAU para vivienda de protección oficial remite a sus normas particulares, como para el derecho de cesión y subrogación y en la CAM es infracción muy grave la cesión del uso, pero en la legislación común, el arrendador tiene acción contra el subarrendatario, quebrando el principio de relatividad de los contratos y generando una suerte de novación subjetiva.

El subarriendo se diferencia de la cesión, genuina modificación subjetiva en la locación de vivienda, en que supone un nuevo contrato de arrendamiento entre el arrendatario y un tercero, pero subordinado del anterior.

El art.1.567 de la antigua ley de enjuiciamiento civil del año 1881 establecía como requisito procesal para recurrir la consignación de las rentas, pero “en todo caso, el abono de dichos importes no se entenderá novación contractual”. En mi opinión tiene un claro alcance sustantivo, a la par que preventivo. Los pagos que se hagan de rentas futuras y/o devengadas durante la sustanciación de los recursos procesales en un proceso de desahucio arrendaticio, no deben entenderse como novación contractual, cautela necesaria so pena de prejuzgar el fondo del asunto tangencialmente por mor del pago o consignación de las rentas por parte de quien disfruta del inmueble objeto de locación.

*d) Del Capítulo Tercero*

El arrendamiento urbano existía en el Derecho romano, pasó a las Partidas, y ya en el siglo XVIII aparecen muestras de novación subjetiva mortis causa en contratos de arrendamiento.

El TRLAU, muy tuitivo para el inquilino y con duración casi indefinida de los arrendamientos, dio paso al denominado “Decreto Boyer” que propugnaba la libertad de pacto en la duración y rentas; configurándose la LAU como una solución intermedia, poniendo límite en sus disposiciones transitorias al número de subrogaciones posibles y para los contratos nuevos limitando su duración.

También para las viviendas de protección oficial remite a sus específicas normas en importantes aspectos.

Respecto al límite de la enervación fijado en el art. 22.4 LEC, soy partidario que lo es objetivamente respecto del contrato, pues creo que es la interpretación más justa ante un derecho que entiendo de segunda oportunidad, en vez de entender que lo es *intuitu personae* del arrendatario, con independencia de las novaciones subjetivas que se produzcan del lado del arrendatario, ya sea por subrogación, cesión, etc.

La situación de quien ocupa una vivienda sin contraprestación y sin fijación de plazo o uso concreto (lo que descarta el arrendamiento y el comodato) por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia, es la propia de un precario.

El número 2 del apartado 1 del artículo 250 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil es el cauce procesal para el concepto estricto o restringido del artículo 1.750 del Código Civil, esto es, solo para cuando la posesión haya sido concedida al precario por el dueño.

Resulta difícil negar al subarrendatario la intervención en el proceso de desahucio aunque solo sea como coadyuvante del inquilino.

El préstamo de una cosa para su normal disfrute no puede equipararse a que exista un uso determinado específicamente pactado o que resulte de la costumbre, pues desaparecería la referencia temporal y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla).

La inadecuación de procedimiento generadora de indefensión al litigante es cuestión de orden público, apreciable de oficio.

El cauce procesal del precario en el art. 250. 1. 2 de la LEC se utiliza inadecuadamente si el inmueble no se cedió a la demandada por una graciosa concesión. Es un juicio plenario en el que tienen cabida, a diferencia de la antigua LEC, las llamadas cuestiones complejas, aunque se ventile en un juicio verbal, reservado por Ley para la singular simplicidad de lo controvertido.

Como consejo personal forense si se sospecha que no estamos ante un genuino precario (cesión consentida), porque, por ejemplo, pueda existir una subrogación o un subarriendo sobre la vivienda como título que ampare a quien ostente la posesión, se debe obtener el reintegro posesorio por un procedimiento ordinario (que ataque el pretendido título), en vez del verbal de desahucio.

El TS ha fijado la regla aplicable para atribuir el complicado uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres de la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 del Código Civil, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un

progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”. No obstante, en la atribución del uso de la vivienda prima el interés del menor.

Un contrato de arrendamiento no es título válido para acreditar el dominio.

La situación arrendaticia no queda acreditada por el mero hecho de la ocupación o detentación posesoria y además ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca no cambian su situación de precario, a menos que pruebe que son rentas.

La acción reivindicatoria es una acción de condena, pero la de dominio es meramente declarativa.

En los arrendamientos de vivienda celebrados bajo la vigencia del TRLAU producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el art. 16 LAU, por remisión de la Disposición Transitoria Segunda de la misma ley (especialmente, la comunicación al arrendador en el plazo de tres meses desde la muerte del inquilino).

El arrendamiento no es bien ganancial. El contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante el matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.

Cuando la ocupación se perpetúa o el cumplimiento del uso autorizado queda al arbitrio unilateral del ocupante, debe entenderse concluido el comodato, transformándose en precario.

Introducir a terceros en la relación arrendaticia fuera de los casos en que la Ley lo permite, da lugar a causa de resolución contractual.

El sometimiento de los arrendamientos a prórroga forzosa debe ser claro y determinante.

El art. 30 del Real-Decreto 2.960/1976 de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, remite como causa de resolución del contrato de arrendamiento de las viviendas de protección oficial a las mismas causas que en la legislación común y además por la carencia de título para la ocupación de la vivienda.

En el precario se reconoce legitimación activa a quien tiene el *ius possidendi*, aunque no tenga al mismo tiempo el *ius possessionis*, como poder de hecho sobre la cosa, por el contrario en la acción interdictal de retener o de recobrar únicamente se reconoce legitimación activa a quien se encuentra en el disfrute de la cosa.

El precario no es el cauce procesal adecuado para la mera posesión sin título, lo que se conoce como “ocupas”. Ahora bien, todas las consideraciones referidas para

impedir que el concepto de precario se amplíe, a efectos procesales, a cuestiones distintas del precario sentido estricto, desaparecen en situaciones en la que existe una simple ocupación de hecho. Bastando a este efecto tener en cuenta que el artículo 444 del Código civil señala que los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de la cosa no afectan a la posesión, y obviamente en tal situación se encuentra quien ocupa de hecho un inmueble sin conocimiento ni consentimiento de su propietario.

Es competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de lo que deviene del proceso administrativo previo, a través del cual los demandantes se convirtieron en adjudicatarios de las viviendas en calidad de arrendatarios.

No se debe hacer de mejor condición a quien ocupa por la vía de hecho una vivienda de protección pública, frente a aquellos que acuden al procedimiento de adjudicación establecido por las normas administrativas.

En los casos de viviendas de protección oficial que fueron adjudicadas en régimen de acceso diferido a la propiedad, la norma que debe aplicarse en los casos de fallecimiento del adjudicatario, a efectos de subrogación en la titularidad de la adjudicación, no es la norma de la sucesión hereditaria común del Código Civil, sino la que regula la subrogación en los arrendamientos urbanos. Norma, esta última, que debe ser aplicada hasta el momento en que las cuotas de amortización hayan sido íntegramente satisfechas.

Respecto a la titularidad fiduciaria, el arrendamiento no es un acto de disposición sino de mera administración y no es necesario que el actor justifique la propiedad de la finca a efectos de ser parte legítima para promover el juicio de desahucio.

El concepto de cesión aplicada a los arrendamientos urbanos no es otro que la transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la vivienda, a través de la cual se opera una novación subjetiva en el titular del derecho, desapareciendo el cedente de la relación contractual y siendo sustituido por el cesionario, quedando en consecuencia vinculado éste con el arrendador en todos los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de arrendamiento. Conforme a la doctrina de la unidad familiar, no constituye cesión no consentida el que los familiares más directos del arrendatario vayan a compartir con él la vivienda arrendada.

Que carezcan de efectos de cosa juzgada las sentencias de los juicios de desahucio por expiración del término, no debiera impedir la consideración de esta clase de procesos como plenarios. Adicionalmente, si el lanzamiento no se ejecuta, resuelto el vínculo locativo por sentencia, el antes inquilino nova a una suerte de precario.

Frente a la dualidad propiedad-arrendamiento como únicas alternativas, se postula el régimen de los derechos de uso, habitación o usufructo para la cesión de uso de la vivienda, generando novaciones subjetivas con trascendencia jurídica. El derecho de habitación se configura esencialmente como gratuito y vitalicio.

Los realojos provisionales (por ruina u otras causas) tienen la consideración de arrendamientos de temporada, por tanto, están excluidos del ámbito de aplicación de la LAU.

Como consecuencia de las crisis de pareja, los arts. 12 y 15 de la LAU, operan novaciones subjetivas en la relación arrendaticia, que posibilitan que un ex cónyuge continúe en el uso de la vivienda tras el desistimiento del que fue su pareja, o bien cuando le sea atribuida por resolución judicial.

El arrendamiento no es un derecho real, pero sí la posesión que implica. La acción reivindicatoria es una acción de condena, pero la de dominio es meramente declarativa.

El delito de usurpación de bienes inmuebles es el clásico tipo penal que se encuentra entre dos aguas, porque tiene su origen en un ilícito civil, que posteriormente el legislador ha considerado, por motivos de política criminal, oportuno el tipificarlo.

#### *e) Del Capítulo Cuarto*

El concepto de sector público es más amplio que el de Estado, dentro del cual están los organismos públicos autónomos. El principio constitucional de autonomía municipal se ha de integrar en un marco supranacional de pluralidad de intereses.

El derecho constitucional a una “vivienda digna y adecuada”, en el que se entronca la competencia concurrente municipal de vivienda, no es un derecho subjetivo, se trata de un principio rector de la política social y económica, es un derecho social que no concede a sus titulares una acción ejercitable ante los tribunales.

La LRSAL busca que los servicios públicos se presten de la forma más sostenible y eficiente para procurar beneficios, pero el componente social de la política de vivienda, le hace ser deficitaria; y la venta de patrimonio es una solución de subsistencia, sin futuro, aunque la llamada “ley de las tres erres” es un atisbo de esperanza a través de la rehabilitación, renovación y regeneración urbana.

Los patrimonios públicos de suelo son medios para facilitar la gestión urbanística y la intervención administrativa en el mercado inmobiliario. La venta de inmuebles de la EMVS, que no son estrictamente bienes patrimoniales, para cubrir deudas y consolidar la empresa, no es especulación en el mercado inmobiliario.

El Consorcio para la Población Marginada fue un buen ejemplo de intervención con fines sociales en el mercado inmobiliario de las Administraciones autonómica y local.

El derecho de superficie, que supone la ruptura del principio de accesión, es un útil instrumento urbanístico de intervención en el mercado inmobiliario, que permite

conseguir las finalidades de vivienda social previstas sin mermar la masa patrimonial de las entidades públicas encargadas de dichas finalidades; un buen ejemplo de ello es el conocido como “Plan 18.000” en Madrid.

Adicionalmente al derecho de superficie, surgen ligados unos derechos de adquisición preferente (también benefactores de la vivienda protegida): tanteo y retracto, que no son obstáculo para la venta en globo de promociones de vivienda en régimen de arrendamiento a tenor del art. 25 LAU.

Dada la idiosincrasia de la EMVS, es improcedente que recurra al desahucio administrativo, por no gozar de potestades administrativas propias, ya que su razón de ser se enmarca en las ventajas de la denominada “huida del derecho administrativo”.

La venta de promociones de viviendas a la que reiteradamente me he referido, suponen la novación en el arrendador de carácter público y una vinculación contractual del cesionario a las directrices propias de las viviendas protegidas.

### *f) Del Capítulo Quinto*

En la actualidad, la caída de los precios inmobiliarios del mercado español ha atraído a grandes inversores, pero incluso en estas macroventas debiera respetarse el precio de venta y renta fijados administrativamente, por estar sujetas las viviendas a un régimen de protección pública.

Por analogía, cabe equiparar el cambio del acreedor en la cesión de créditos con la novación del arrendador, salvando (eso sí) el sinalagma de la locación.

Otro caso parecido de novación subjetiva, acontece con los inmuebles (integrados por lo general en antiguas colonias municipales) cuya titularidad fiduciaria (o *propiedad limitada* en palabras de LACRUZ BERDEJO) ostenta la EMVS, al extinguirse el antiguo Patronato Municipal de la Vivienda, al que pertenecían.

La tan repetida venta de promociones de viviendas, entraña una novación subjetiva del arrendador, posibilitada por los Reglamentos de viviendas con protección pública de la CAM en los últimos años.

No es impedimento para la venta de los inmuebles, de forma conjunta, los posibles derechos de tanteo o retracto a favor de los arrendatarios (incluso ex Decreto 100/1986), ya que el artículo 25.7 de la LAU excluye tales derechos: “cuando se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador o que formen parte de un mismo inmueble”. La enajenación de promociones de viviendas con protección pública, cedidas en arrendamiento y sitas en Madrid, cuentan con la habilitación legal autonómica tanto del artículo 20 del Decreto 11/2005 de 27 de enero (derogado excepto para las situaciones creadas a su amparo), como del vigente artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio. La

alegación del art. 47 de nuestra Carta Magna, como impedimento a la enajenación lo es a un principio rector de la política social y económica y, por tanto, no es exigible en vía jurisdiccional. En consonancia con la actuación, que de los poderes públicos se predica en dicho precepto, hay que subrayar que el importe obtenido de la enajenación de promociones habrá de ser destinado por la sociedad mercantil local a obtener financiación bastante con la que volver a construir viviendas con protección pública.

La controvertida diferenciación de la promoción pública frente a la privada, según la finalidad que da origen a la misma, tiene relevancia por la distinción de regímenes en la normativa administrativa y civil (léase LAU) que les afecta.

La aplicabilidad *ope legis* del conflictivo Decreto 100/1986 (de 22 de octubre, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de protección oficial de promoción pública) solo cabe en viviendas con calificación en vigor como de protección oficial de promoción pública en arrendamiento.

La temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que su validez es incompatible con el establecimiento de una duración "indefinida". Por tanto y *ad exemplum*, siendo la mayoría de los contratos de arrendamiento estudiados del año 1990, finalizado su plazo contractual de dos años en 1997 (a partir de la entrada en vigor de la LAU en el año 1995), existió una tácita reconducción de tres años más, hasta el año 2000, renovándose bienalmente desde esa fecha (al estar fijado el plazo del arrendamiento por dos años en el contrato). Sin que, por referirse dichos contratos en su clausulado al Decreto 100/1986, de 22 de octubre, de la CAM se pueda colegir, con una interpretación literal y simplista, que son inquilinos vitalicios, mientras se mantengan las condiciones económicas por las que accedieron a la vivienda. Pues lo contrario, primar la duración indefinida basada en el Decreto, pudiera incluso conculcar la previsión legal del artículo 1.255 del vigente Código Civil.

El Derecho Administrativo y por tanto la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son competentes en materia de Viviendas de Protección Oficial en cuanto a la normativa básica estatal y autonómica que contiene una regulación armonizada de los requisitos para la construcción y adjudicación de las mismas; pero una vez suscrito el contrato de arrendamiento, éste es netamente privado como no podía ser de otra forma por haberse suscrito entre un particular y una sociedad mercantil con forma de Sociedad Anónima como es la EMVS, que no es Administración Pública ni ejerce potestades administrativas y que como tal no puede dictar actos administrativos, ni puede confundirse con "las Entidades Públicas empresariales" descritas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.



### *g) Del Capítulo Sexto*

Se conoce como adjudicación a la asignación de una vivienda protegida a un solicitante, dentro de un procedimiento formalmente administrativo.

La unidad familiar o programa familiar está conformado por personas determinadas, con sus circunstancias económicas personales, que son tenidas en cuenta para la adjudicación de viviendas a ciudadanos con escasos medios económicos.

Entre las características básicas del programa municipal de Madrid para vivienda protegida en régimen de arrendamiento están: que la superficie máxima construida sea de ciento diez metros cuadrados, que se sujeten a una renta máxima anual y la duración del régimen de protección en función de la calificación definitiva de la promoción en la que se integra dicha vivienda. Además, todos los miembros de la unidad familiar tienen que cumplir los requisitos de acceso.

Para acceder a una vivienda protegida municipal es imprescindible (salvo los casos de urgencia social) inscribirse en el Registro Permanente de Solicitantes de vivienda, cuyo objetivo es aglutinar las solicitudes de los ciudadanos y dirigirles hacia la vivienda que mejor se adapte a su situación socioeconómica.

El Reglamento de adjudicación que aplica la EMVS es el instrumento que norma reglamentamente la selección de adjudicatarios y su posterior desenvolvimiento.

La CAM tiene un procedimiento para el arrendamiento de viviendas protegidas que, entre otros aspectos, señala que no se deben arrendar las viviendas de protección oficial de promoción pública mientras dure su régimen tuitivo.

Con independencia de reunir las condiciones de la LAU para la subrogación de un arrendamiento de vivienda protegida, además es precisa la inclusión de la persona que la pretenda en el programa familiar incluido en el expediente de adjudicación correspondiente.

En mi modesta opinión, existe novación subjetiva del lado del arrendatario en los casos de viviendas para uso individual (o no colectivo), adscritas a los programas sociales de “viviendas solidarias” tratados y dicha novación genera una cesión arrendaticia. La interpretación de la coexistencia aséptica de dos relaciones jurídicas paralelas: un contrato arrendaticio entre la mercantil municipal y la entidad social y otra locación, al margen e independiente, entre ésta última y el beneficiario o participante del programa residencial, no es conforme a la doctrina ni jurisprudencia relativa a la cesión arrendaticia. Sin duda, hay un interés en defender la errada interpretación, al menos en lo que respecta a las viviendas con calificación de promoción pública, ya que el artículo 14.1 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, establece que el subarriendo total o parcial de la vivienda dará lugar a la resolución del contrato.

Respecto a las viviendas de uso colectivo o “pisos tutelados”, ya he manifestado mis dudas sobre que supongan la realización de una genuina cesión arrendaticia y por ende, una novación subjetiva del arrendatario pura, pues en la figura que tienen más acomodo legal, el subarriendo, se produce la coexistencia de dos relaciones arrendaticias, generándose un tracto sucesivo frente al único propio de la cesión locativa. Como notas características de esta cesión arrendaticia cabe destacar, el consentimiento *ex ante* manifestado en los convenios de corte social y su duración sujeta a la consecución de los objetivos de inclusión social o de integración y formación profesional.

La subrogación (entendida en general y al margen de la concreta causa: ya sea por cesión del contrato, por desistimiento, no renovación o abandono de la vivienda o, finalmente, por muerte del arrendatario) implica solo un cambio en la persona del arrendatario; en renta, duración, derechos y obligaciones, el contrato arrendaticio permanece inalterable.

Las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LAU se ocupan, entre otras cosas, de regular la subrogación en los contratos celebrados antes del uno de enero de 1995 y que siguen vigentes.

#### *h) Del Capítulo Séptimo*

La presencia de terceros ocupantes en el inmueble arrendado puede ser una vía “oculta” para lograr una moratoria en el lanzamiento, que trata de solucionar la exhibición de títulos de aquéllos, regulada en el art. 704 LEC, además de poder plantear situaciones de novación subjetiva en el ocaso de la locación.

Ningún obstáculo se encuentra para someter a arbitraje los conflictos que surjan del contrato de arrendamiento y su desenvolvimiento, incluso de vivienda protegida, también, eventualmente, para la ejecución del laudo y práctica del lanzamiento a través de exhorto.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- ACEDO PENCO, A.: Teoría general de las obligaciones, Dykinson, 2010
- ADAME MARTÍNEZ, M. A.: Asunción de deuda en Derecho civil, Comares, 1996
- ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Edersa, 1982
- ALBERTARIO, E.: Corso di Diritto romano. Le obbligazioni solidali, Milano, 1948
- ALEJANDRE GARCÍA, J. A.: “El contrato de arrendamiento de casas. Orígenes y desarrollo en el Derecho histórico español”, Revista de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense, 1973
- ALMONACID LAMELAS, V.: Sociedades mercantiles municipales: “regreso al derecho”, El Derecho.com, 2013
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: “Los orígenes de la contratación escrita, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1946
- ALZAGA VILLAAMIL, O.: Comentarios a la Constitución Española de 1978, Edersa, 2006
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: ¿Crisis de la incapacitación? la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores, Revista de Derecho Privado, 2006
- ARIAS RAMOS, J.: Derecho romano (apuntes didácticos para un curso), Revista de Derecho Privado, 1951
- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: Derecho romano, Edersa, 1986
- AVS: Boletín informativo AVS, Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo, 2002
- APM: Ficha sobre la sociedad legal de gananciales y derecho de uso de la vivienda familiar, Asociación Profesional de la Magistratura, 2008
- BARBER BURUSCO, S.: La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal, Aranzadi, 1999
- BARRERA VILÉS, F.: “Un tipo de organismo público: la entidad pública empresarial local, Revista Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2009
- BELLO JANEIRO, D.: El precario, Aranzadi, 1995

BENAVENTE MOREDA, P., "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma", Anuario de Derecho Civil, 1988

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: "Comentarios al Código Civil", Aranzadi, 2009

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (dir.): Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Aranzadi, 1995

BERGES LOBERA, A.: "Condicionantes e implicaciones del sector inmobiliario español", Extra-Economistas, 2004

BERMEJO VERA, J. (Dir.): Práctica de la Administración Local, Bosch, 2005

BETTI, E.: Teoría general del negocio jurídico, Revista de Derecho Privado, 1959

BLANCO BAREA, J. A.: Viviendas de Protección Oficial (VPO): tramitación administrativa y ayudas: normativa estatal y autonómica, Comares, 2004

BORRAJO INIESTA, I.: "El intento de huir del derecho Administrativo", Revista Española de Derecho Administrativo, 1988

BULLEJOS CALVO, C.: El desahucio administrativo de bienes demaniales locales ocupados en precario, Revista Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2011

BUSTILLO BOLADO, R. O. y CUERNO LLATA, J. R. : Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares, Aranzadi, 2001

CAMPOY CERVERA, I. (coor.): Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Dykinson, 2004

CAÑIZARES LASO, A.: El Pago con subrogación, Civitas, 1996

CASTÁN TOBEÑAS, J. :

- "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927", Revista de Derecho Privado, 1928
- Derecho Civil Español, Común y Foral, Reus, 1925

CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Cesión de arrendamiento y subarriendo", RGLJ, 1930

COLÁS ESCANDÓN, A. M<sup>a</sup>. : La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU, Aranzadi, 2003

COMUNIDAD DE MADRID: Compendio de Normativa de Vivienda, Comunidad de Madrid, 2009

CORDERO CUTILLAS, I.: "La discapacidad e incapacitación judicial", Actualidad Civil, 2006

CORTINA ORTS, A.: Los ciudadanos como protagonistas, Galaxia Gutenberg, 1999

CREMADES MORANT, J. (coor.): Conclusiones Seminario Arrendamientos Urbanos, Consejo General del Poder Judicial, 2011

CRISTÓBAL MONTES, A.: "La llamada novación modificativa del derecho civil español", RCDI, 1973

D'ORS, A.:

- Derecho Privado Romano, Aranzadi, 1989
- Las declaraciones jurídicas en el Derecho romano, AHDE, 1964

D'ORS, Álvaro y otros: El Digesto de Justiniano (versión castellana), Aranzadi, 1968

DE CASTRO Y BRAVO, F.:

- Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, Civitas, 1985
- Cesión de arrendamiento y subarriendo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1930

DE LOS MOZOS, J. L.: El negocio jurídico, Montecorvo, 1987

DE MIGUEL MARTÍN, P. J.: Procesos arrendaticios sobre finca urbana en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Aranzadi, 2000

DÍEZ PICAZO, L. M.: "La prescripción en el Código civil", Bosch, 1964

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: "El retracto arrendaticio ante la venta en globo del edificio" en Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol, Tirant Lo Blanch, 2006

DÍEZ-PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Civitas, 1996

DONADO VARA, A.: Apuntes sobre la protección de los niños con discapacidad en el sistema de sustituciones hereditarias: la reforma del artículo 782 del Código Civil español en Los derechos de la infancia y de la adolescencia, Ariel, 2006

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: Derechos de uso y habitación en Comentarios al Código Civil, Edersa, 1992

ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C.: La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, Aranzadi, 1997

FEIJÓO MIRANDA, A.: Protección de los ocupantes de viviendas ante la insuficiente y heterogénea regulación del derecho de realojamiento en el Derecho español, Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna), 2011.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: Manual de derecho urbanístico, El consultor de los ayuntamientos y juzgados, 2006

FERRARA, F.: La simulación en los negocios jurídicos, Revista de Derecho Privado, 1960

Fleiner, Fritz: "Institutionen des Verwaltungsrechts", Tübingen, 1928

FLORES RODRÍGUEZ, J.: Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario", RCDI, 2003

FONCILLAS, J. M<sup>a</sup>. : "La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad", RCDI, 1928

FUENTES LOJO, J. V.: Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos, Bosch, 2001

GALLARDO RUEDA, A.: "Adjudicación de viviendas protegidas", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1958

GÁLVEZ CRIADO, A.: Líneas históricas de la Novación Subjetiva por cambio de deudor con especial referencia al Derecho Castellano, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 2006

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: Los nuevos juicios verbales de desahucio en la Ley de Enjuiciamiento civil, Bosch, 2012

GARCÍA AMIGO, M.: La cesión de contratos en el Derecho español, Revista de Derecho Privado, 1964

GARCIA DE MARINA ALLOZA, M.: La novación, modificación y extinción de las obligaciones, Serlipost Ediciones Jurídicas, 1993

GARCIA GOYENA, F. y CLEMENTE DE DIEGO, F.: Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones, Librería General de Victoriano Suárez, 1912

GARCÍA RUBIO, F. (Coord.): Estudio sobre Empresas Públicas, Dykinson, 2011

GARCÍA VALDECASAS, G.: La sucesión en las deudas a título singular en Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas, EUNSA, 1969

GETE ALONSO, M<sup>a</sup>. C.: Teoría general del contrato, en Manual de Derecho civil, Marcial Pons, 2000

GIARDINA, Camillo: Studi sulla novazione nella dottrina del Diritto Intermedio, Giuffrè Editore, 1952

GIBERT SÁNCHEZ de la VEGA, R.: "Arrendamiento Urbano en el Derecho español", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1979

GÓMEZ IBARGUREN, P.:

- El tratamiento del fenómeno okupa en el derecho español, Bosch, 2009
- El fenómeno okupa desde la perspectiva del Derecho Penal, Noticias Jurídicas, 2007

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: Régimen jurídico de la Administración Local, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, 1985

GONZÁLEZ SORIA, J. (coor.): Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, Aranzadi, 2004

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, P.: "La tributación de las disoluciones de comunidades de bienes...", Noticias Jurídicas, 2008

GONZÁLEZ-VARAS, S.: ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico privado?, Boletín del Ministerio de Justicia, 1995

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales, Marcial Pons, 2010

HIPÓLITO LANCHA, F.: El derecho constitucional a una vivienda digna. El antes y el después. Beneficios y limitaciones de viviendas de protección oficial, en Las cooperativas de viviendas en España: desafíos de presente y futuro, Publicaciones Universidad de Ávila, 2003

IBARRA SÁNCHEZ, J. L.:

- "Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio: El juicio monitorio de desahucio por falta de pago introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, La Ley, 2013
- Desahucio administrativo en materia de viviendas de protección oficial, Revista La Toga, 2004

IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: Las novedades de la nueva legislación estatal reguladora del suelo, Actualidad jurídica Uría Menéndez, 2007

IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: "Régimen jurídico de la vivienda protegida y políticas de suelo", Anuario Facultad Derecho Universidad Autónoma de Madrid, 2008

IGLESIAS, J.: Derecho Romano, Historia e Instituciones, Ariel, 1994



KASER, Max: Derecho romano privado (trad. a cargo de José María Santa Cruz Teijeiro, Reus, 1982

LACRUZ BERDEJO, J. L.: Elementos de derecho Civil, Dykinson , 2003

LAMBEA RUEDA, A.: Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles, RCDI, 2011

LASARTE ALVAREZ, C.

- Manual sobre protección de consumidores y usuarios, Dykinson, 2013
- Principios de Derecho Civil, Marcial Pons, 2011

LOSCERTALES FUERTES, D. : Los arrendamientos urbanos, SEPIN, 1995

MAGRO SERVET, V.: La Ley 37/2011 y la nueva metodología para conseguir la agilización del juicio de desahucio: Casuística práctica, La Ley, 2013

MARTÍNEZ BOROBO, D.: Derechos de realojo y retorno en la Gestión Urbanística, Montecorvo, 2006

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.: “Algunas consideraciones sobre el arrendamiento urbano a través del estudio de un contrato del siglo XVIII”, Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, 1998

MÉNDEZ TOMÁS, R. M<sup>a</sup>. y VILALTA NICUESA, A. E.:

- Arrendamientos urbanos, cesión, subarriendo y subrogación, Bosch, 2000
- Arrendamientos urbanos, duración, extinción y suspensión, Bosch, 2000

MINISTERIO DE HACIENDA: Novación del Contrato de Arrendamiento de la Renta de Tabacos de la del timbre del Estado y del giro mutuo, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, 1901

MIQUEL GONZÁLEZ, J.: Curso de Derecho romano, PPU , 1987

MIRÓ MIRÓ, R.: El régimen jurídico del patrimonio de las Entidades locales, Bayer Hnos., 2010

MONTERO FERREIRA, D.:

- Viviendas solidarias y discapacidad: particularidades y cuestiones controvertidas..., Revista de derecho, empresa y sociedad, 2014
- La valoración de la vivienda protegida madrileña en la liquidación de la sociedad de gananciales, Revista de Derecho UNED, 2013

MONTOYA MARTÍN, E.: Las entidades públicas empresariales en el ámbito local, IUSTEL, 2006

MORALEJO IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, Revista Xurídica Galega, 2001

MORALES MORENO, A. M.:

- La usucapión, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2000
- Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código Civil Español, Colegio de Registradores de la Propiedad, 1972

MORENO MOCHOLI, M.: El precario, EUNSA, 1976

MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup>. L.: “Cesión de contrato y subarriendo de vivienda”, Revista de Derecho Privado, 2001

MORETON SANZ, M<sup>a</sup>. F.:

- La asunción espontánea de deuda, Lex Nova, 2008
- “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”, RCDI, 2009
- La expromisión: el artículo 1.205 del código civil español, UNED, 2007
- “De la Minusvalía a la Discapacidad y Dependencia: Pasarelas y Asimilaciones Legales”, Revista universitaria de ciencias del trabajo, 2007
- “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: Análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España, Revista sobre la infancia y la adolescencia, 2011
- “Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: "vis atractiva" del orden contencioso "versus vis residual" de la jurisdicción civil, RCDI, 2012
- Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español: la "vicenda" modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales, Anuario de Derecho Civil, 2008

MUÑOZ MACHADO, S.: Tratado de Derecho Municipal, Civitas, 2011

- NAVARRO PEREZ, J. L.: La cesión de créditos en el Derecho Civil español, Ibarra De Arce, 1998
- O' CALLAGHAN MUÑOZ, X.: Compendio de Derecho Civil, E. U. Ramón Areces, 2012
- PACHECO JIMÉNEZ, M. N.: Ley 8/2013, de 26 junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, Revista CESCO, 2013
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., Derecho administrativo, Open Ediciones Universitarias, 2014.
- PARRAGUEZ RUIZ, L. S.: El negocio jurídico simulado, Gredos, 2012
- PUFENDORF, Samuel: De Iure naturae et gentium, 1688
- QUICIOS MOLINA, S.: La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización..., Aranzadi, 2012
- RAMS ALBESA, J.: "Uso, habitación y vivienda familiar", Tecnos, 1987
- RAMS ALBESA, J. (dir.): Comentarios al Código Civil, Bosch, 2004
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales, Aranzadi, 2010
- RODRÍGUEZ CEPEDA, E.: El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral. "Comentario al art. 15 LAU", Centro de Estudios Registrales, 1996
- RODRIGUEZ SOLANO, J.: "El contrato de inquilinato en el Derecho Romano", Información jurídica, 1949
- RUIZ LÓPEZ, M. A.: Potestad de desahucio administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012
- SAMANES ARA, C.: Las partes en el proceso Civil, La Ley, 2000
- SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coor.): Curso de derecho civil, Tirant Lo Blanch, 2014
- SANTOS BRIZ, J. y otros: Tratado de Derecho Civil, Teoría y Práctica, Bosch, 2003
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: Los arrendamientos de viviendas de protección oficial según la nueva legislación, Cedecs, 1998
- SHOM, Rudolf: Instituciones de Derecho privado romano, Librería General de Victoriano Suárez, 1928
- STIGLITZ, Joseph Eugene: La economía del sector público, Bosch, 2002

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J. I.: LAU: desistimiento. Arrendamiento de la vivienda familiar. Novación en la posición jurídica del arrendador. Novación en el arrendatario, Estudios de derecho judicial, 1996

TASENDE CALVO, J. J.:

- La novación en la jurisprudencia y su particular aplicación a los contratos de arrendamiento, Aranzadi, 1994
- La novación y su aplicación a los contratos de arrendamiento, Consejo General del Poder Judicial, 1994

VAQUERO PINTO, M<sup>a</sup>. J.: Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, Ars Iuris Salmanticensis, 2014

VARIOS AUTORES: Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, 1993

VARIOS AUTORES: Máster en Dirección y Gestión Integral de Empresas Inmobiliarias y de la Construcción, UNED, 2007

VARIOS AUTORES: Curso de Urbanismo, CEF, 2006

VARIOS AUTORES: Un siglo de vivienda social, 1903-2003, Ayuntamiento de Madrid, Concejalía de Vivienda y Rehabilitación Urbana, EMV, 2003.

VÁZQUEZ BARROS, S.: Ley de Arrendamientos Urbanos, Tirant Lo Blanch, 2012

VENDRELL FERRER, E.: "La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia...", Revista Jurídica de Cataluña, 1987

VOLTERRA, E.: Instituciones de Derecho Privado romano, Civitas, 1986

WINDSCHEID, Bernhard: Singularsuccession in Obligationen y Zur Erinnerung an Berthold Delbrück, Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1853

XIOL RÍOS, J. A. (dir.): Ley de Arrendamientos Urbanos, El Derecho, 2010



**ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CONSULTADAS**

STC 8 julio 2013

STC 28 enero 2002

STC 20 marzo 1997

STC 19 octubre 1989

STC 24 noviembre 1986

STC 31 octubre 1986

STC 23 abril 1986

STC 8 noviembre 1985

STC 5 noviembre 1985

STC 8 mayo 1984

TC - Auto - 5 mayo 2014

TC - Auto - 22 octubre 2013

STS 6 marzo 2015

STS 4 marzo 2015

STS 4 noviembre 2014

STS 24 octubre 2014

STS 23 octubre 2014

STS 14 octubre 2014

STS 11 julio 2014

STS 3 abril 2014

STS 13 febrero 2014

STS 21 enero 2014

STS 5 diciembre 2013

STS 23 octubre 2013

STS 22 octubre 2013

STS 22 abril 2013

STS 16 abril 2013

STS 20 marzo 2013

STS 5 febrero 2013

STS 11 diciembre 2012

STS 30 mayo 2012

STS 27 julio 2011

STS 20 julio 2011

STS 26 abril 2011

STS 7 abril 2011

STS 7 julio 2010

STS 9 junio 2010

STS 21 mayo 2010

STS 25 febrero 2010

STS 29 diciembre 2009

STS 18 diciembre 2009

STS 30 abril 2009

STS 25 noviembre 2008

STS 31 octubre 2008

STS 2 octubre 2008

STS 22 julio 2008

STS 28 mayo 2008

STS 30 diciembre 2004

DANIEL MONTERO FERREIRA

STS 16 septiembre 2004

STS 24 enero 2003

STS 22 noviembre 2002

STS 19 noviembre 2002

STS 26 junio 2002

STS 24 octubre 2000

STS 9 marzo 2000

STS 10 noviembre 1999

STS 26 mayo 1999

STS 8 junio 1998

STS 25 febrero 1998

STS 26 julio 1997

STS 23 enero 1996

STS 17 febrero 1995

STS 31 enero 1995

STS 31 diciembre 1994

STS 27 octubre 1994

STS 23 diciembre 1992

STS 14 diciembre 1992

STS 17 marzo 1992

STS 9 enero 1992

STS 11 diciembre 1991

STS 1 diciembre 1989

STS 4 noviembre 1989

STS 8 marzo 1988



STS 4 diciembre 1987

STS 26 julio 1987

STS 30 octubre 1986

STS 12 febrero 1986

STS 27 noviembre 1985

STS 24 septiembre 1979

STS 6 febrero 1974

STS 6 marzo 1969

STS 21 noviembre 1967

STS 3 junio 1964

STS 7 febrero 1961

STS 6 febrero 1959

STS 7 julio 1958

STS 13 mayo 1955

STS 1 marzo 1954

STS 29 abril 1947

STS 30 diciembre 1935

STS 2 junio 1927

STS11 abril 2014

STS 5 diciembre 2013

STS 16 octubre 2013

STS 19 septiembre 2013

STS 28 febrero 2013

STS 11 diciembre 2012

STS 12 noviembre 2012

STS 29 junio 2012

STS 30 mayo 2012

STS 20 julio 2011

STS 15 junio 2011

STS 30 mayo 2011

STS 8 abril 2011

STS 22 noviembre 2010

STS 11 noviembre 2010

STS 7 julio 2010

STS 25 febrero 2010

STS 30 octubre 2009

STS 9 septiembre 2009

STS 3 abril 2009

STS 6 noviembre 2008

STS 30 octubre 2008

STS 29 octubre 2008

STS 2 octubre 2008

STS 30 septiembre 2008

STS 26 mayo 2008

STS 5 diciembre 2007

STS 6 noviembre 2006

STS 26 diciembre 2005

STS 27 octubre 2005

STS 8 febrero 2005

STS 30 diciembre 2004

STS 3 junio 2004

STS 16 marzo 2004

STS 7 octubre 2002

STS 19 septiembre 2002

STS 19 julio 2002

STS 20 junio 2002

STS 18 mayo 2001

STS 18 septiembre 1998

STS 23 enero 1996

STS 27 junio 1995

STS 3 febrero 1995

STS 15 diciembre 1994

STS 12 mayo 1994

STS 3 febrero 1994

STS 12 mayo 1993

STS 27 noviembre 1992

STS 10 enero 1992

STS 21 noviembre 1991

STS 21 octubre 1991

STS 4 abril 1990

STS 25 enero 1990

STS 1 diciembre 1989

STS 7 julio 1989

STS 23 junio 1989

STS 11 abril 1988

DANIEL MONTERO FERREIRA

STS 13 febrero 1988

STS 22 octubre 1987

STS 26 julio 1987

STS 30 octubre 1986

STS 7 marzo 1986

STS 20 marzo 1985

STS 16 febrero 1983

STS 22 diciembre 1982

STS 26 noviembre 1982

STS 15 abril 1982

STS 5 noviembre 1974

STS 31 enero 1973

STS 6 noviembre 1971

STS 10 octubre 1970

STS 9 abril 1970

STS 16 junio 1969

STS 24 noviembre 1964

STS 17 abril 1963

STS 31 enero 1963

STS 7 febrero 1961

STS 23 marzo 1960

STS 3 octubre 1959

STS 13 febrero 1958

STS 20 diciembre 1956

STS 5 julio 1951

STS 10 febrero 1950  
STS 5 diciembre 1947  
STS 23 noviembre 1946  
STS 28 enero 1930  
STS 11 enero 1929  
STS 26 enero 1928  
STS 2 junio 1927  
STS 4 junio 1919  
STS 10 julio 1917  
STS 15 octubre 1907  
STS - Sala 3ª -17 noviembre 2010  
STS - Sala 3ª -3 diciembre 2001  
STS - Sala 3ª -29 septiembre 2001  
STS - Sala 3ª -13 octubre 1999  
STS - Sala 3ª -1 julio 1999  
STS - Sala 3ª -3 junio 1999  
STS - Sala 3ª -31 mayo 1999  
STS - Sala 3ª -29 mayo 1996  
STS - Sala 3ª -7 marzo 1995  
STS - Sala 3ª -14 abril 1993  
STS - Sala 3ª -4 noviembre 1991  
STS - Sala 3ª -14 noviembre 1990  
TS -C. Competencia- Auto 19 diciembre 2013  
STSJ País Vasco (C-A) 18 septiembre 1995  
STSJ Navarra (C-A) 2 mayo 2000

STSJ Navarra (C-A) 14 junio 1996  
STSJ Madrid (C-A) 11 marzo 2015  
STSJ Madrid (C-A) 19 febrero 2014  
STSJ Madrid (C-A) 13 febrero 2007  
STSJ Madrid (C-A) 17 mayo 2002  
STSJ Madrid (C-A) 4 febrero 2002  
STSJ Madrid (C-A) 6 mayo 1997  
STSJ La Rioja (C-A) 20 marzo 2002  
STSJ La Rioja (C-A) 21 marzo 1996  
STSJ Castilla La Mancha (C-A) 12 marzo 1999  
SAP Zaragoza 27 febrero 2006  
SAP Zaragoza 11 enero 2002  
SAP Vizcaya 11 enero 2008  
SAP Valladolid 16 mayo 2008  
SAP Valladolid 6 octubre 2005  
SAP Tarragona 11 octubre 1996  
SAP Sevilla 24 octubre 2003  
SAP Sevilla 13 enero 2003  
SAP Santa Cruz Tenerife 27 junio 2008  
SAP Santa Cruz Tenerife 13 diciembre 2007  
SAP Santa Cruz Tenerife 31 octubre 2005  
SAP Pontevedra 15 noviembre 1995  
SAP Pontevedra 27 junio 1994  
SAP Málaga 18 junio 1999  
SAP Madrid -Penal- 3 febrero 2009

SAP Madrid -Penal- 24 septiembre 2004

SAP Madrid -Penal- 23 septiembre 2004

SAP Madrid -Penal- 16 julio 2003

SAP Madrid -Penal- 10 febrero 1999

SAP Madrid 26 enero 2015

SAP Madrid 25 junio 2014

SAP Madrid 10 octubre 2012

SAP Madrid 17 junio 2009

SAP Madrid 31 enero 2008

SAP Madrid 10 febrero 2002

SAP Madrid 26 enero 2015

SAP Madrid 25 junio 2014

SAP Madrid 31 enero 2014

SAP Madrid 29 enero 2014

SAP Madrid 13 noviembre 2013

SAP Madrid 28 junio 2013

SAP Madrid 16 mayo 2013

SAP Madrid 4 marzo 2013

SAP Madrid 5 febrero 2013

SAP Madrid 10 octubre 2012

SAP Madrid 23 julio 2012

SAP Madrid 29 marzo 2012

SAP Madrid 1 marzo 2012

SAP Madrid 10 febrero 2012

SAP Madrid 17 noviembre 2011

SAP Madrid 11 mayo 2011  
SAP Madrid 1 abril 2011  
SAP Madrid 11 octubre 2010  
SAP Madrid 23 julio 2008  
SAP Madrid 16 julio 2008  
SAP Madrid 25 junio 2008  
SAP Madrid 12 junio 2008  
SAP Madrid 29 mayo 2008  
SAP Madrid 22 mayo 2008  
SAP Madrid 21 mayo 2008  
SAP Madrid 20 mayo 2008  
SAP Madrid 6 marzo 2008  
SAP Madrid 23 mayo 2007  
SAP Madrid 4 abril 2007  
SAP Madrid 27 febrero 2007  
SAP Madrid 29 diciembre 2006  
SAP Madrid 23 noviembre 2006  
SAP Madrid 3 noviembre 2006  
SAP Madrid 14 junio 2006  
SAP Madrid 15 noviembre 2000  
SAP Madrid 10 noviembre 2000  
SAP Madrid 9 junio 1999  
SAP Madrid 21 noviembre 1996  
SAP Madrid 13 diciembre 1995  
SAP Madrid 29 marzo 1995



SAP León 27 noviembre 2002  
SAP Las Palmas 9 octubre 2008  
SAP La Coruña 2 septiembre 2008  
SAP Huesca 21 enero 2008  
SAP Córdoba 10 mayo 1993  
SAP Cádiz 9 septiembre 1994  
SAP Bilbao 15 mayo 1995  
SAP Barcelona -Penal- 26 septiembre 2005  
SAP Barcelona 3 octubre 2007  
SAP Barcelona 23 septiembre 2008  
SAP Baleares 17 diciembre 2006  
SAP Baleares 21 abril 2005  
SAP Asturias 24 abril 2006  
SAP Asturias 9 julio 2002  
SAP Alicante 26 octubre 2006  
AP Madrid -Auto - 18 febrero 2013  
AP Madrid -Auto - 29 marzo 2012  
SJPI 81 Madrid 30 mayo 2011  
SJPI 8 Madrid 20 enero 2012  
SJPI 77 Madrid 20 mayo 2008  
SJPI 70 Madrid 22 septiembre 2010  
SJPI 69 Madrid 18 diciembre 2012  
SJPI 59 Madrid 7 junio 2010  
SJPI 5 Madrid 24 junio 2013  
SJPI 47 Madrid 17 octubre 2013

DANIEL MONTERO FERREIRA

SJPI 43 Madrid 16 febrero 2012

SJPI 41 Madrid 9 julio 2012

SJPI 33 Madrid 11 enero 2012

SJPI 3 Madrid 9 abril 2012

SJPI 2 Madrid 23 mayo 2008

SJPI 12 Madrid 26 noviembre 2012

JPI 3 Madrid -Auto- 30 octubre 2012

SJP 9 Madrid 2 febrero 2013

SJP 8 Madrid 22 enero 2014

SJP 27 Madrid 14 marzo 2012

Jl 53 Madrid -Auto- 20 febrero 2013

Jl 31 Madrid -Auto- 19 febrero 2013

SJCA 19 Madrid 2 junio 2014

SJCA 19 Madrid 26 junio 2013

SJCA 13 Madrid 13 noviembre 2013

JCA 24 Madrid -Auto- 26 mayo 2013

RDGRN 6 julio 2006

RDGRN 2 enero 2004

ARBIN Laudo 1 abril 2011