

1

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE FEBRERO DE 2021 (95/2021)

LAU o no LAU.

El laberinto del desahucio en vivienda pública

Comentario a cargo de:

SERGIO NASARRE AZNAR

Catedrático de Derecho civil

Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

NÚRIA LAMBEA LLOP

Investigadora postdoctoral

Cátedra UNESCO de vivienda

Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE FEBRERO DE 2021

ROJ: STS 499/2021 - **ECLI:** ES:TS: 2021:499

ID CENDOJ: 28079119912021100006

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Asunto: Sobre si la compradora de una vivienda pública del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) debe o no respetar el contrato de arrendamiento suscrito previamente.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Primer problema de base: la búsqueda de la flexibilidad en el plazo de duración de los arrendamientos a familias vulnerables.* 5.2. *Segundo problema de base: la complejidad de la vivienda social en España en su definición, régimen jurídico aplicable y gestión.* 5.3. *El fundamento de la Sentencia: la falta de legitimación activa sobrevenida de Encasa.* 5.4. *Conclusión.* 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

El 6-3-2009 el IVIMA, entidad pública, arrendó a una particular una vivienda de protección pública (Res. DG vivienda y rehabilitación 25-11-2008). La cláusula 2ª del contrato de arrendamiento fijó el plazo de duración del mismo en un año y lo sujeto al art. 9 de la LAU “sin perjuicio de las prórrogas que se puedan producir en virtud de lo dispuesto en la ley, salvo que se incumplan los requisitos exigidos en la legislación sobre viviendas sometidas al régimen de protección pública”. El 25-10-2013 la entidad Encasa Cibeles S.L.U (en adelante, Encasa) compró la vivienda (una de las 2.935 que adquirió). El 13-12-2016, Encasa notificó a la arrendataria que el contrato finalizaría el 6-3-2017 (5 años+3 años; arts. 1565, 1566 y 1569 CC y 10 LAU original de 1994, la vigente en el momento de la celebración del contrato), quien no reconoció tal finalización porque: a) la venta fue nula y está inmersa en un procedimiento penal; y b) su contrato se rige por la normativa administrativa al ser una vivienda de “protección oficial de promoción pública”, la cual estipula que se va prorrogando cada dos años mientras no cambie su situación de especial necesidad (art. 3 Decreto de la Comunidad de Madrid 100/1986, por el que se rige la duración de este tipo de vivienda), lo que no ha sucedido.

2. Solución dada en primera instancia

El juzgado desestimó la demanda de desahucio interpuesta por Encasa contra la arrendataria, entendiendo que, aunque no había prejudicialidad penal, el contrato de arrendamiento no había expirado porque no se rige por la LAU sino por el art. 3 Decreto 100/1986 (de manera que son dos años prorrogables mientras duren los bajos ingresos del arrendatario), invocando la STS 12-5-2017, que ya llamó nuestra atención en su momento (Lambea Llop, 2022, 400). En dicha STS, la Empresa Municipal de la vivienda y suelo de Madrid SA –EMVS– pretendía terminar un contrato de arrendamiento por expiración del plazo, aunque sin invocar el art. 9 LAU (como sucede en la SAP Madrid 13-6-2018 recurrida en casación y resuelta por nuestra sentencia, donde Encasa intenta aplicarlo vía Decreto 11/2005), decidiendo el Alto Tribunal que para este tipo de contratos de arrendamiento era de aplicación dicho Decreto 100/1986 vía DA 1.8 LAU, plazo que consideró válido porque no era de naturaleza indefinida, indeterminada o inexistente, tal y como requiere el art. 1543 CC.

3. Solución dada en apelación

Confirma la sentencia de primera instancia, invocando también la STS 12-5-2017, dado que la vivienda en cuestión “es de promoción pública, y no solo de protección pública”, pues de la documentación de la compra-venta se deduce que el IVIMA actuó de promotor de la misma.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

Solo hay uno. Atendiendo al Antecedente de Hecho 5º, el recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3 del art. 477.2 LEC, por existencia de interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, compuesto de un solo motivo: “ÚNICO. Motivo único del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso: (i) infracción de la Disposición Transitoria Primera y del artículo 15 C) a) 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, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid; ii) infracción del artículo 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; (iii) error en la aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2.017, citada en las Sentencias de ambas instancias, por estar referida a un supuesto distinto del enjuiciado”.

Es decir, la demandante Encasa, ahora recurrente en casación (por interés casacional), alega que la vivienda en cuestión no es de promoción pública (FD 1.6), de manera que no le sería de aplicación el art. 3 Decreto 100/1986 ni la doctrina de la STS 12-5-2017, sino el Decreto 11/2005 (DT 1ª), en cuyo art. 15 C remite al régimen de la LAU (art. 10 en cuanto a plazo de duración) para los contratos de arrendamiento celebrados en viviendas con protección pública.

Sin embargo, la demandada-recurrida solicitó se admitiesen como prueba diversas resoluciones judiciales, entre las que constan sentencias firmes declarando la nulidad de la venta de viviendas por parte de la Comunidad de Madrid (quien a criterio de los juzgadores de primera y de segunda instancia, con inadmisión de recurso al TS, no justificó suficiente que dichas viviendas se pudiesen vender por no ser necesarias para los fines del IVIMA), entre las que se encontraría la presente, que se admiten. Acoge el TS en esta sentencia que ahora comentamos la doctrina de su Sala del contencioso-administrativo (STS 7-11-2017 y 20-3-2018) de que no le es indiferente al arrendatario quién sea su arrendador, porque le desaparecerían “los beneficios y fines sociales inherentes a la actuación que corresponde al IVIMA”, lo que implicaría dejar de disfrutar de las ventajas de una vivienda arrendada por IVIMA (“bonificación temporal de la renta, prórrogas y otros beneficios e incentivos sociales”), de manera que tiene un “interés legítimo amparado por el ordenamiento jurídico”.

Dichas sentencias del contencioso-administrativo resultan decisivas para el TS para declarar que la subrogación de Encasa en la posición de arrendador es nula sobrevenidamente al anularse el título que fundamentaba la acción, sin imposición de costas debido precisamente a la “falta sobrevenida de acción”.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Primer problema de base: la búsqueda de la flexibilidad en el plazo de duración de los arrendamientos a familias vulnerables*

Es una situación paradójica que los arrendadores de viviendas sociales (administraciones públicas, entes dependientes de las mismas o entidades del tercer sector, normalmente) busquen la manera de eludir la aplicación de la LAU, especialmente por lo que se refiere a las prórrogas forzosas que obligan a ir alargando la duración del contrato de arrendamiento hasta 5 años (fueron 3 con la reforma de la Ley 4/2013, y volvieron por RDL 7/2019 a 5 años –para arrendadores personas físicas– y 7 años –para arrendadores personas jurídicas–), porque dicha duración LAU siempre se ha entendido como una medida de protección de los arrendatarios (junto a otras como la referenciación de la actualización de la renta al IPC durante ese período o el principio *emptio non tollit locatum*, presentes ambos en la LAU 1994 original y con vaivenes desde 2013), para poder darles un mínimo de estabilidad en la tenencia (STS 20-2-1998¹; ver también SAP Barcelona 1-6-2004, SAP Cádiz 18-7-2006). Cabe recordar que la seguridad en la tenencia es un elemento esencial para poder hablar de vivienda adecuada, requisito estipulado por la Observación general número 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada (1991) del Comité DESC de la ONU. Asimismo, un alojamiento inseguro se clasifica como una situación de “sinhogarismo” siguiendo la Tabla ETHOS de Feantsa, marco común de situaciones de sinhogarismo y exclusión residencial aceptada a nivel europeo.

Y decimos “paradójica” porque si esto es así para los arrendatarios urbanos participantes en el mercado privado de alquiler, más cierto debería ser para los arrendatarios urbanos considerados más vulnerables, usuarios de la vivienda social de alquiler, que teóricamente están aún más necesitados de estabilidad en la tenencia de la vivienda. Pues no. La propia finalidad y dinámica de los arrendadores sociales, que necesitan que el parque social (incluido el público) vaya rotando a medida que las situaciones de vulnerabilidad se vayan superando (con el apoyo público de trabajadores sociales, psicólogos, etc.), provoca que intenten en sus contratos no aplicar las prórrogas forzosas de la LAU. Así, en el sector de la vivienda social de alquiler colisionan dos criterios: el de la estabilidad y seguridad en la tenencia con el de la obligación de la Administración de ofrecer vivienda social únicamente a las personas que no puedan acceder al mercado privado de alquiler (y retirársela cuando cese esa necesidad; véase la necesidad de vincular la vivienda social con las personas y familias desfavorecidas –en este caso, en el marco de los Servicios de Interés

¹ “Siendo la materia arrendaticia urbana objeto de una regulación concreta regida por principios propios y distintos de los del Derecho general, uno de ellos el de la protección del arrendatario mediante normas tendentes a conseguir la estabilidad y permanencia en la vivienda arrendada” (FJ 2º).

Económico General y las ayudas compatibles con el mercado interior– en la Decisión 2005/842/CE de la Comisión europea de 28-11-2005 y la sentencia del Tribunal General de la UE 15-11-2018, respecto al caso neerlandés). Y en el caso español, esa dicotomía se ejemplifica en dos situaciones, fruto del hecho de disponer de un parque de vivienda social de alquiler escaso (a pesar de carecer de datos fidedignos). La primera es que el parque requiere de mayor rotación para resolver la necesidad de vivienda de cada vez un mayor número de personas en situación de vulnerabilidad. La segunda es que las políticas de vivienda de los últimos años se centran en aumentar este sector por medio, principalmente, de programas de captación de vivienda vacía del sector privado, por lo que la temporalidad del contrato ya viene predeterminada por la tenencia bajo la cual la entidad arrendadora dispone de esa vivienda. En consecuencia, bien por garantizar la rotación de un parque escaso para asegurar que las pocas viviendas disponibles se destinen a personas con necesidad real de vivienda o bien por una imposición que ya viene determinada por el complejo entramado de contratos y convenios de cesiones temporales entre propietario y entidad arrendadora social, el hecho es que, en ocasiones, los arrendadores sociales hacen uso de fórmulas que les otorgan mayor flexibilidad que el arrendamiento de vivienda de la LAU (ej. arrendamiento de uso distinto o contratos atípicos) y que, por lo tanto, suponen mayor inestabilidad para el usuario final, en este caso, el colectivo más vulnerable (Lambea Llop, 2022, 396-399 y 459-463).

Y de ahí que la propia LAU permita, en su DA 1ª.8 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”. Ciertamente es que este apartado no figuraba en el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, y que se introdujo en virtud de una enmienda justificada en el hecho de que así “se consigue una **mayor adaptación del arrendamiento a las condiciones sociales o económicas del arrendatario**, que son las determinantes a la hora de alquilársela” (Reglero Campos, 1995, 870). Es decir, ahonda en que la *ratio legis* de esta norma es que la normativa especial de estas viviendas puede prever contratos de arrendamiento con condiciones **distintas** de las previstas en la LAU para adaptarse mejor a las “condiciones sociales o económicas” del arrendatario.

Si bien esto pudo entenderse referido a normas estatales generales (aunque ni el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, ni el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por un lado; ni el Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, ni el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por otro, contienen regulación sobre el plazo de duración del contrato de arrendamiento de las viviendas de protección oficial - Caballero Lozano, 2007, 1243), el art.

148.1.3 CE establece que la regulación sobre vivienda es una competencia autonómica y de ahí que, en el caso que nos ocupa, el art. 3.1 Decreto madrileño 100/1986, estipule 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 caso de que los arrendatarios continúen reuniendo el requisito exigido en el artículo 1 del presente Decreto** y no sean titulares o posean otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título, dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid”.

De manera que este redactado parece ir en la línea que les comentamos de flexibilizar las duraciones de los arrendamientos sociales al reducir la prórroga forzosa de 5 años a solo 2 años; aunque, por el contrario, permite que se vayan prorrogando mientras el arrendatario siga siendo vulnerable (en este caso, con ingresos familiares inferiores a 2,5 veces el SMI; art. 1 Decreto 100/1986). Para ello, naturalmente, debería haber una inspección periódica de si los arrendatarios siguen cumpliendo dichas condiciones, tener en cuenta sus ingresos reales y no solo los declarados (*vid infra* las dificultades del propio IVIMA para poder probar que sus inquilinos no siguen cumpliendo esas condiciones), ver si su situación de vulnerabilidad les es imputable por no seguir el acompañamiento social que se les haya puesto, etc. (véase la dicotomía entre estabilidad y necesidad de rotación de la vivienda social *supra*). Todo ello es imprescindible para garantizar la rotación de un parque de vivienda social de alquiler que, aunque desconocido en números (las cifras que se manejan, a menudo sin fundamento o refiriéndose a diversos tipos de vivienda, oscilan entre el 1 y el 2,5% del total del parque habitacional, ver Lambea Llop 2022, 282-283), es insuficiente, de manera que su gestión debería ser óptima. Pero, a menudo esto no sucede, y los arrendamientos sociales se prolongan en el tiempo, en los años, en décadas, acumulándose sus deudas². Es decir, en ocasiones, los arrendatarios se perpetúan. Entre otros motivos, parece que entre nuestros responsables políticos regionales y locales no queda demasiado bien políticamente desahuciar a inquilinos sociales, aunque así lo hacen de manera rápida y masiva los países con mayores parques de vivienda social de alquiler como los Países Bajos o Dinamarca (Nasarre Aznar, 2020, 321-322). Si bien es cierto que, en ocasiones, algunas administraciones públicas, como la CA de Madrid, han querido desahuciar (sin éxito) a arrendatarios sociales con contratos que precisamente seguían el régimen legal y la duración del Decreto 100/1986, invocando una cláusula contractual que permitía a cualquiera de las partes dar por terminado el contrato avisando con un mes de antelación, o alegando que la parte demandada había dejado de cumplir los requisitos necesarios para la prórroga forzosa (STS 12-5-2017 y SSAP Madrid 15-7-2015, 16-12-2016, 24-1-2017, 26-3-2019); en este segundo caso, además, solicitaron que fuera la parte demandada (arrendatario) quien acreditase este extremo por su mayor faci-

² <https://www.larazon.es/local/andalucia/la-junta-da-por-perdidos-50-millones-en-impagos-del-alquiler-de-pisos-sociales-HB15412261/>

lidad probatoria (art. 217 LEC), lo que no les fue admitido por los tribunales (ver SSAP Madrid 24-1-2017 y 16-12-2016).

Es por todo eso que, en el caso que nos ocupa, en un nuevo giro en la historia, a la arrendataria ahora le sale mejor que se le siga aplicando el Decreto madrileño de 1986 que la LAU y a Encasa la sale mejor recurrir a la fórmula del 5+3 de los arts. 9 y 10 de la LAU, pues ya se habían superado los 8 años desde que se celebró el contrato. Probablemente ese fue el motivo que le llevó a comprar este parque de viviendas sociales (poderlas arrendar a otras personas, posiblemente a precio de mercado, o venderlas sin inquilinos sociales dentro).

De manera que, de inicio, ya es lamentable que la cláusula 2 del contrato en cuestión, atendiendo a lo recogido en el FJ 1.2 de la sentencia que nos ocupa, invoque al art. 9 y 10 (cuando habla de sin perjuicio de las prórrogas de la ley) de la LAU (a pesar de la flexibilidad que le da la DA 1ª.8 LAU), pero que el art. 3.1 Decreto madrileño 100/1986, que regula este tipo de arrendamientos, hable de dos años prorrogables indefinidamente mientras dure la situación de bajos ingresos del arrendatario. Si esta contradicción está hecha a propósito, es injustificable, hasta el punto de que es fuente de litigios que ponen en juego la estabilidad familiar, que llegan hasta el Tribunal Supremo, como es este caso. También en la STS 12-5-2017 se menciona esta contradicción entre la cláusula contractual que establece la sujeción a las prórrogas forzosas del Decreto 100/1986 y la que permite a las partes dar por terminado el contrato avisando mutuamente con un mes de antelación (precisamente la SJPI de Madrid del caso en cuestión, de 17-10-2013, resuelve esta contradicción integrando el contrato “a partir de una interpretación favorable a la parte que nada ha tenido que ver con su redacción y ha ocasionado la aparente oscuridad o contradicción (art. 1288 CC)”). Como se ha dicho *supra*, esa misma sentencia acaba concluyendo que en el caso concreto (arrendamiento de las viviendas de promoción pública sujeto al Decreto 100/1986) es la legislación administrativa la que fija el plazo de duración del contrato, y que no estamos ante un plazo indefinido, indeterminado o inexistente contrario a la temporalidad que es esencial al contrato de arrendamiento³, puesto que “viene determinado por las propias estipulaciones contenidas en el contrato litigioso y las condiciones que deben darse para acogerse a la prórroga bianual”.

³ De hecho, la propia Administración arrendadora (SAP Madrid 24-1-2017) llega a alegar que el contrato, a pesar de basarse en el propio Decreto que esta había aprobado y al cual había sujetado los arrendamientos de sus viviendas para eludir la LAU, debía terminarse de todos modos, porque si no, se trataba de un contrato indefinido prohibido por la Ley (libertad de contratación). Alegaba esta que, al no permitir terminar el contrato de arrendamiento sujeto a las condiciones del Decreto 100/1986, se está permitiendo una duración indefinida, que “iría en contra del principio de libertad de contratación y atacaría la misma naturaleza del derecho de propiedad siéndole a ella imposible la resolución del contrato, reiterando que desde luego el contrato pactado no tenía una duración indefinida dependiendo su prórroga de la voluntad de las partes, debiendo defender la expectativa de derechos de otros ciudadanos para acceder a una vivienda digna”.

En fin, que la Administración pública autonómica aprueba un Decreto más “flexible” en cuanto a la duración de los arrendamientos de vivienda de promoción pública de su Comunidad para no estar sujeta a las prórrogas forzosas más largas de la LAU, a pesar de que esta norma está pensada para proteger a los arrendatarios. Pero luego, los caseros en esa Comunidad (EMVS en la STS 12-5-2017) intentan evitar la aplicación de la duración de dicho Decreto cuando los arrendatarios, alegando que todavía son vulnerables, no se quieren marchar pasados los dos años o algunas prórrogas de esa duración de dos años, intentando entonces aplicar la LAU y el CC con base en una cláusula que ellos mismos han puesto en el contrato, alegando que el contrato no puede ser indefinido, contraviniendo su propio Decreto. Y entonces, cuando la administración autonómica se deshace de esas viviendas arrendadas, el cesionario nuevo arrendador (Encasa en nuestro caso) pide que ese contrato se sujete a la LAU, esta vez porque le conviene dado que ya han transcurrido 8 años (5+3), es decir, la duración forzosa mínima exigible por los arrendatarios en la LAU, para no tenerlos que renovar y que los pisos queden libres para, eventualmente, negociar con ellos. Y los arrendatarios dicen que todavía les es de aplicación el citado Decreto de 2 años prorrogables mientras sean vulnerables, porque les beneficia dado que deben probarlo en contrario cualquiera de sus caseros y no ellos (prueba negativa en un contexto de 25% de mercado negro, falta de revisiones periódicas exhaustivas, etc.), porque así se lo exigen los tribunales; de manera que están satisfechos esquivando la LAU (una norma que, en teoría, recordemos, está hecha para beneficiarlos).

5.2. *Segundo problema de base: la complejidad de la vivienda social en España en su definición, régimen jurídico aplicable y gestión*

Tradicionalmente, el concepto de “vivienda social” en España suele asociarse al de “vivienda de protección oficial” (VPO) o, más recientemente, al de “vivienda protegida”. Sin embargo, existen actualmente otros programas que sin ser VPO o vivienda protegida, entrarían en el concepto de “vivienda social” entendido a nivel europeo, es decir, aquella vivienda que se ofrece por debajo del precio de mercado (a precio asequible) y que sigue reglas de adjudicación que tienen en cuenta criterios de necesidad de vivienda (y no criterios de mercado) (Lambea Llop 2022, 87).

A pesar de que el Real Decreto ley 31/1978 establece una sola categoría y un único régimen legal para todas las VPO, lo cierto es que, a lo largo de los años, y sobre todo con la adopción de la competencia exclusiva en vivienda de las CCAA y la posterior puerta que se abriría a partir del Plan estatal de Vivienda 1996-1999 para que las CCAA se insertasen en la financiación estatal con sus propias tipologías de vivienda protegida (Iglesias González, 2010, 361), estas han ido creando tipologías de viviendas diferentes a la tradicional VPO, como es el caso de Madrid, con la creación de las “viviendas con protección pública” (Ley 6/1997, 8 enero); que son distintas de las VPO de promoción públicas cedidas en arrendamiento (reguladas por el Decreto 100/1986 que aquí comentamos).

Del mismo modo, se ha ido difuminando la distinción tradicional clara entre promoción pública y privada, y han ido apareciendo otras clasificaciones, en función de los beneficiarios de las viviendas, del régimen de promoción y de uso, o de sus precios o rentas máximos, entre otros. El Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, distinguía claramente, dentro del régimen de protección oficial, la promoción pública de la privada, “delimitando un tratamiento diferenciado en concordancia con la finalidad que a cada una de ellas le es propia”. Así, mientras que la promoción privada podía realizarse por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y podía hacerse con o sin ánimo de lucro, en la promoción pública solo cabía su promoción sin ánimo de lucro y por el Estado y entes públicos territoriales (arts. 7 y 38). Además, las VPO de promoción pública debían destinarse a familias con pocos ingresos (ingresos anuales inferiores al veinticinco por ciento del precio de venta de la vivienda, art. 49), y no podían ser objeto de descalificación. Y por esta diferencia respecto al tipo de promotor y al grado de vulnerabilidad del beneficiario de la vivienda es por lo que, seguramente (y a pesar de esa falta de distinción clara actualmente), la distinción entre VPO de promoción privada y pública que sigue vigente en la DA 1ª LAU apuesta por una mayor flexibilidad y adaptación de los arrendamientos de VPO de promoción pública (como se ha comentado anteriormente respecto de la justificación de la enmienda introducida). Es decir, se entiende, que cuanto más vulnerables, mayor protección; incluso mayor que la LAU; aunque solo mientras dure la vulnerabilidad (si no, dar paso a otros que lo necesiten; rotación)⁴.

A esa variedad conceptual respecto de las VPO se le añade la pluralidad de regímenes legales existentes, tanto por la normativa multinivel como por la temporalidad de los planes de vivienda; y es que cada vivienda se rige por la normativa que le otorgó las ayudas económicas, lo que supone, en palabras de Iglesias González (2010, 354) una “cascada aplicativa de normas formal o materialmente derogadas”. Así, “no es tarea sencilla (...) llegar a sistematizar coherentemente los diferentes tipos de viviendas protegidas existentes en España” (Tejedor Bielsa, 2010, 322), lo que dificulta al operador jurídico el conocimiento del régimen jurídico de cada vivienda protegida. Esa dificultad y confusión en el sector se ve reflejada en las sentencias existentes al respecto (ej. SSAP Madrid 9-5-2016, 17-4-2018, 20-3-2019, 29-3-2019, 12-9-2019, 23-9-2019, 12-12-2019, 7-2-2020)⁵.

El mismo problema persiste en el actual Proyecto estatal de Ley de vivienda de febrero 2022 que, lejos de armonizar conceptos, añade mayor complejidad, distinguiendo entre vivienda protegida y vivienda asequible incentivada;

⁴ Aunque, nótese que nada tiene que ver esto con lo que está sucediendo en el caso que nos ocupa, como hemos visto en el punto 5.1.

⁵ Dentro de la Comunidad de Madrid la maraña de tipos es patente: viviendas de protección oficial de promoción pública, viviendas de protección oficial de promoción privada, viviendas con protección pública básica, viviendas con protección pública de precio limitado, etc.

y subdividiendo la vivienda protegida en dos categorías: la vivienda social (en la que se incluye a la vivienda dotacional pública) y la vivienda protegida de precio limitado. Todos estos conceptos y categorías entrarían en el concepto de “vivienda social” de corte europeo que hemos mencionado.

Si hasta este punto ya está suficientemente enmarañada la gestión de un parque con distintas nomenclaturas y regímenes jurídicos, a ello hay que añadirle la gestión de colectivos cada vez más vulnerables, con pocos recursos económicos y con necesidades particulares diversas; a lo que se le puede sumar, también, y entre otros aspectos, la dispersión territorial y la necesidad de mantenimiento del parque de viviendas. Todo ello implica la necesidad de dotarse de estructuras y modelos de gestión capaces de gestionar cada vez un número mayor de vivienda social con esas complejidades, con eficiencia y eficacia y haciendo frente a los nuevos retos sociodemográficos, medioambientales y tecnológicos (las políticas de vivienda de los últimos años se centran en aumentar el parque de vivienda social, pero menor atención han recibido hasta ahora las fórmulas para gestionar adecuadamente este parque; Lambea Llop, 2022).

Precisamente, el caso que nos ocupa tiene su origen en la enajenación de 32 promociones (2.935 viviendas) del IVIMA a una empresa privada (Azora, que constituye Encasa), argumentando la Administración autonómica que “en este momento y contexto inmobiliario se considera estratégicamente necesario, a fin de equilibrar el presupuesto del Instituto y continuar con las costosas labores de administración del parque de vivienda y, en su caso, con la nueva promoción de viviendas que resulte necesaria, llevar a cabo la enajenación de un paquete de ese total de viviendas” (STSJ de Madrid 14-5-2019, FD 7). Asimismo, e intentando justificar el requisito de la innecesariedad de estos bienes (*vid. infra*), la segunda memoria elaborada argumentaba que “La enajenación resulta conveniente para el interés público permitiendo una gestión adecuada del patrimonio del IVIMA, de acuerdo a criterios de eficiencia y eficacia en la explotación de bienes inmuebles, lo que permitirá al IVIMA ahondar en el mejor cumplimiento de sus fines y funciones, centrándose en aquellas actividades que suponen un mayor interés para las finalidades que le son propias atendiendo a criterios de eficiencia y eficacia” (STSJ de Madrid 14-5-2019, FD 7). Estos argumentos reflejan la complejidad de gestión de este parque y la necesidad, como hemos visto, de adoptar estructuras y modelos de gestión funcionales y eficientes, con el fin de aumentar, y no disminuir, el parque de vivienda social gestionado.

5.3. *El fundamento de la Sentencia: la falta de legitimación activa sobrevenida de Encasa*

Habiendo ya explicado el complejo entramado de la vivienda social en España (5.2) y el de la tipología contractual arrendaticia que se usa en ese contexto (5.1), entrando ya en el asunto, la legitimación activa “ad causam” se determina en función de la relación existente entre la parte y la situación jurídica en litigio. Determina la aptitud para actuar en un pleito como parte y

exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido. De manera que para exigir algo como arrendador, primero hay que probar dicha posición arrendaticia fundamentada en alguno de los títulos que legitimen para arrendar (entre ellos el de propiedad; ver art. 13.2 LAU) (STS 10-4-1995). Si dicho título es anulado, se carecerá de legitimidad.

Así lo entendió el TS en el caso que nos ocupa. La falta de legitimación activa sobrevenida proviene de al menos dos asuntos que acabaron en el TSJ Madrid (SSTSJ Madrid 14-5-2019 –esta luego firme por inadmisión de recurso de casación por ATS 29-11-2019– y 7-2-2020). En ambas sentencias se discutió la validez de venta en bloque de 32 promociones de vivienda del IVIMA a Azorra mediante Res. IVIMA 29-8-2013 (ambas SSTSJ Madrid), dilucidándose las siguientes cuestiones:

a) Primero, se valora la **legitimación activa de los arrendatarios sociales para impugnar la venta** (STSJ Madrid 14-5-2019) y, citando la STS 22-11-2017 (sobre esta misma venta), el Tribunal repite que: “el traspaso de la vivienda tiene en la esfera jurídica del recurrente en **su condición de arrendatario, que puede perder y verse privado de beneficios sociales y de una política orientada al cumplimiento de fines sociales** que hasta el momento venía disfrutando, de modo que la alteración de ese status ampara su interés legítimo de permanecer en dicha situación y que no se modifique en su perjuicio, y **le permite impugnar la decisión de la cesión de las viviendas** que conlleva la desaparición sobrevenida de los fines que inicialmente determinaron la adjudicación de su vivienda en arrendamiento”. En dicha STS 22-11-2017, se planteó si la cesión consistía en una mera comunicación de cambio de arrendador al arrendatario, manteniendo el resto del contrato igual, de manera que, al no quedar en nada lesionados sus intereses legítimos (art. 19.1 a) Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa), no tendría legitimación activa, tal y como había dicho el juzgador de instancia y la STSJ Madrid 7-11-2016. El TS consideró que el “interés legítimo” “requiere la titularidad potencial de una ventaja o utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial” y que “la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso”. El TS acabó amparando la tesis del arrendatario al considerar que: “la [vivienda] por él **ocupada pasa del sector público a una empresa privada, con las diferencias en cuanto al grado de protección social de la vivienda y de sus arrendatarios que ello implica. Es claro que afecta a la situación de un arrendatario acogido a un régimen público de viviendas de protección oficial, su transmisión al ámbito privado**”; aunque también reconoció que no supone ningún cambio inmediato el hecho de cederse aunque “en un **futuro** las condiciones pueden variar en función de los nuevos criterios propios del sector privado”. Y puso como ejemplos la “**bonificación temporal de la renta, prórrogas y otros beneficios e incentivos sociales** en relación a la vivienda arrendada que es claro que no subsistirán a partir del momento en el que pierdan vigencia las condiciones del arrendamiento”.

Sorprende el temor que tiene la STSJ 14-5-2019 a que los arrendatarios se vean perjudicados por las ventas de las viviendas del IVIMA para justificar su interés legítimo para impugnar dichas ventas cuando, al menos por lo que se refiere a la duración del contrato⁶, la SAP Madrid 13-6-2018 había dicho hacía casi un año que no se perdía la protección que les daba el Decreto 100/1986 (FJ 5º), que es precisamente la sentencia que Encasa ahora recurre en casación y que estamos comentando. Esta SAP Madrid 13-6-2018 dijo expresamente que: “la vivienda alquilada a la demandada es de promoción pública y no solo de protección pública” y que, por lo tanto, confirmando de instancia, aunque se haya vendido seguirá beneficiándose de las prórrogas indefinidas (mientras subsista la situación de vulnerabilidad) del Decreto 100/1986 y no el régimen de la LAU. Igualmente, consideró aplicable el Decreto 100/1986 a pesar de la venta de la vivienda arrendada la SJPI Madrid núm. 76/2019, de 11 de abril, o sea, un mes antes que la STSJ 14-5-2019. Por lo tanto, ¿realmente los arrendatarios sociales tenían un interés legítimo para impugnar las ventas si los tribunales ya les habían dicho, al menos dos veces, que se les seguía aplicando el mismo Decreto 100/1986 que cuando su casero era el IVIMA, haciendo mención expresa al mantenimiento de las prórrogas forzosas del contrato según dicha norma? Por lo menos, por lo que se refiere a la duración, no era así. Aunque también es cierto que dicha SAP Madrid 13-6-2018, como decimos, había sido recurrida ante el TS y que por lo tanto podía haber cierto riesgo de que la revocara.

Además dicho temor era también remoto porque, en todo lo demás que no aplique el Decreto 100/1986 (o sea, la duración), aplica a esas viviendas la normativa general de las viviendas de protección pública de Madrid (vid. DT 1ª Decretos 74/2009 y 11/2005)⁷, donde existe la obligatoriedad del comprador de las viviendas de subrogarse en los derechos y obligaciones de la entidad vendedor, siguiendo a los arts. 20 del Decreto 11/2005 y 18 Decreto 74/2009. Y, además, queda claro que las viviendas protegidas se rigen, durante toda la duración de su régimen de protección (que también puede variar, o incluso hay algunas viviendas que no admiten descalificación, ej. art. 47 RD 3148/1978) por el régimen jurídico de la normativa (o plan estatal o autonómico) por el cual se calificó, es decir, la que reguló las ayudas económicas o beneficios que recibió ese inmueble para su construcción/calificación. Por lo tanto, mientras una vivienda se encuentre calificada como protegida, deberá regirse por su régimen legal en lo relativo a sus características, condiciones de uso, conservación, responsabilidades, ayudas económicas y fijación de precio máximo, entre otros aspectos, sea quien sea su propietario.

⁶ Montero Ferreira (2018, 258) interpreta, comentando esta STSJ Madrid 14-5-2019 pero en referencia a la cita que esta hace de la STS 22-11-2017, que la legitimación de los adjudicatarios arrendatarios para litigar tenía su principal fundamento en la subsidiación de la renta.

⁷ Aunque Montero Ferreira (2018, 268) argumenta que el Decreto 100/1986 habría quedado derogado conforme a la derogación genérica de la Disposición derogatoria del Decreto 11/2005.

Una salvedad. Acabamos de ver que, en cuanto a la duración y al régimen legal aplicable a las viviendas de protección y promoción pública de Madrid, los arrendatarios sociales difícilmente se hubiesen visto perjudicados en caso de enajenación y, por lo tanto, podrían carecer de legitimación activa (no son perjudicados) por este motivo. Sin embargo, es posible que la enajenación afectase al derecho a otros beneficios o incentivos vinculados a ser inquilinos públicos (ej. apoyo público de diversa naturaleza). O también beneficios “informales” que se producen en la práctica como es la reticencia del sector público de, en ocasiones, iniciar procedimientos de desahucio por las presiones vecinales y mediáticas, sobre todo a la hora de intentar justificar los desahucios en arrendatarios especialmente vulnerables (Sanz Cintora, 2012, 110-111), llevando a malas prácticas, como hemos descrito en el apartado 5.1 *supra*; aunque a veces se acaban llevando a cabo⁸. Así lo alegan los arrendatarios en la STSJ Madrid 14-5-2019 cuando afirman que, en un eventual caso de impago de la renta, la Administración pública “no podría llevar a cabo el desahucio de una persona o familia en situación de especial vulnerabilidad”, cuando el comprador/nuevo arrendador (Azora, Encasa), sí.

Una consecuencia de ello es, no obstante, que a veces se produce una inviabilidad económica de la gestión de ciertas promociones, al mismo tiempo que puede darse, irónicamente, un incumplimiento del principio de igualdad, pues habilita a permanecer en una vivienda social a arrendatarios que no cumplen con el pago de la renta en muchas ocasiones subvencionada, o con algún otro requisito exigido, mientras existen potenciales arrendatarios que cumpliendo los requisitos y siendo vulnerables, se encuentran en listas de espera (Lambea Llop, 2022, 36).

Además, en el caso que nos ocupa, más allá del argumento de la desaparición del enfoque social, el arrendatario es explícito a la hora de argumentar que el cambio de arrendador implicaría que, en caso de impago de la renta, la entidad gestora del sector privado ejercitaría las acciones judiciales que correspondieran, al margen de la problemática de la persona o familia.

En fin, lo que hace el TS en nuestra STS 23-2-2021 es aprovechar la nulidad de la venta de las viviendas por STSJ Madrid 14-5-2019, entre las cuales está la que ahora Encasa pretendía desalojar⁹, negando, pues, su legitimación activa (no puede ser arrendador porque no es propietario de la vivienda) y

⁸ Por ejemplo, en SSAP Madrid 20-3-2019, 29-3-2019 y 12-9-2010, donde el mismo tribunal concreta que “en cuanto a la función social de la propiedad alegada en el recurso, no permite amparar, conforme a la legalidad vigente, la ocupación de una vivienda de protección pública, aunque se cumplan los requisitos para ello. Sin perjuicio de que los Servicios Sociales le faciliten una alternativa habitacional”.

⁹ La STSJ confirma la anulación de las dos resoluciones de la Dirección Gerencia del IVIMA y deja sin efecto la adjudicación y enajenación de las viviendas; y, por ello, la transmisión del contrato de arrendamiento discutido en esa STSJ Madrid 14-5-2019. La STS que estamos comentando reza: “firmeza del pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa que declara la nulidad de todo el procedimiento que culminó en el otorgamiento de dicha escritura, nulidad fundada en (...)”.

despachando de este modo el caso sin tener que entrar si es aplicable al contrato de arrendamiento la LAU o el Decreto 100/1986 en cuanto a la duración del mismo; a pesar de que si se hubiera pretendido anular la venta precisamente por motivo de duración, los arrendatarios sociales probablemente no hubiesen tenido legitimación activa para solicitarla, porque, como se ha dicho, todo indicaba (sentencias hasta aquel momento y normativa aplicable) a que posiblemente en nada cambiaba su estatus con la venta.

b) Segundo, verificada la legitimación de los arrendatarios sociales para impugnar las ventas, sobre si esas 32 promociones de viviendas (un total de 2.935) **eran aún necesarias o no para el IVIMA para cumplir sus fines sociales**. Para ello, se recurre al art. 49 Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid (en la línea de los arts. 131.1 y 138 Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas), que requiere la innecesariedad de los bienes de la Comunidad de Madrid para poderlos enajenar a terceros. Escapa a este comentario el entrar a valorar si la Comunidad había justificado suficientemente los motivos para la enajenación. Pero lo cierto es que el mantenimiento de un parque de vivienda pública en alquiler es muy costoso (Lambea Llop, 2022; de hecho, lo alega el IVIMA en el Acuerdo de Consejo Gobierno Comunidad de Madrid 3-6-2013, según se recoge en la STSJ Madrid 14-5-2019) y es una opción política (no judicial) si se desea suplir ese déficit y, en su caso, cómo (ej. con la venta y reinversión de lo obtenido en nueva vivienda pública). Pero utilizar para la nulidad una ley relacionada con el patrimonio público y que el tribunal entre a valorar si la decisión estaba o no suficientemente evaluada en un contexto en que a nivel no ya de Resolución (lo anulado en la STSJ Madrid 14-5-2019) sino de las leyes sobre vivienda aprobadas estos últimos 15 años no existe ni una valoración ni *ex ante* ni *ex post* de la conveniencia de las mismas (García Teruel y Nasarre, 2022), parece ser una vía indirecta para poder “salvar” a los arrendatarios públicos de un arrendador privado porque, de algún modo, este les va a perjudicar su situación. Y esto nos lleva, precisamente, a las reflexiones que hemos desarrollado en estos tres apartados sobre si realmente la posición de los arrendatarios sociales queda perjudicada (por ejemplo, no parece en la duración ni en el régimen legal de su vivienda protegida), en qué modo y con qué extensión; y sobre cómo se gestiona el patrimonio de vivienda pública en alquiler y qué consecuencias conlleva para el erario público.

En definitiva, que se anulan las ventas de miles de viviendas por la nulidad de la Resolución Dirección Gerencia de IVIMA de 29-8-2013 por STSJ Madrid 14-5-2019, entre ellas la que nos ocupa, y por ello Azora deja de tener título y también Encasa, constituida por Azora. Igual que en SJPII Leganés 26-5-2020, donde se desestima la pretensión de Encasa en un juicio de desahucio por impago y reclamación de rentas vencidas por falta de legitimación activa de la primera. El juzgador entiende que la nulidad de un primer acto administrativo (la adjudicación y enajenación de 32 promociones por parte de IVIMA) impli-

ca los sucesivos que sean dependientes de este (la cesión del contrato de arrendamiento a Encasa), similar a lo que sucede en el caso que ahora nos ocupa.

5.4. *Conclusión*

A nuestro juicio, si bien la STS 23-2-2021 es desde un punto de vista del Derecho civil sencilla porque básicamente desestima la casación interpuesta por Encasa por falta sobrevenida de legitimación en su pretensión de finalizar un contrato de arrendamiento porque el Acuerdo de la Comunidad de Madrid que dio lugar a la compra-venta que la legitimaba como propietaria-arrendadora había sido previamente declarado nulo por STSJ Madrid 14-5-2019, existen aspectos relacionados con el caso que han merecido una especial atención, como son:

A) Las pretensiones tanto de arrendadores públicos como de arrendatarios públicos de eludir la aplicación de la LAU cuando no les es favorable (como es el caso de la duración del contrato en el asunto que nos ocupa), a pesar de ser una ley que, en principio, fue concebida como protectora de los arrendatarios de vivienda en el entorno urbano;

B) la complejidad de la vivienda social en España en cuanto a conceptos, régimen jurídico aplicable y gestión, algo que ha afectado directamente al surgimiento del conflicto que resuelve esta sentencia y de muchos otros y que perdurará de aprobarse el texto del Proyecto estatal de Ley de vivienda 2022 en su redacción actual;

C) que para justificar la legitimidad de los arrendatarios sociales para impugnar la venta de los pisos del IVIMA a Azora (quien constituye Encasa) se partió del probable empeoramiento de su situación al pasar a tener un arrendador privado, a pesar de que existían al menos dos sentencias relacionadas con el no-cambio de duración y régimen legal aplicable al contrato, a pesar, cierto es, de que no eran firmes;

D) y que definitivamente se anula el Acuerdo que dio lugar a la venta alegando falta de evaluación y justificación de la innecesariedad de dichas viviendas para la Comunidad de Madrid, cuando no ha habido ninguna ley de vivienda importante evaluada en estos últimos 15 años.

6. **Bibliografía**

ALMAGRO NOSETE, «Condición homosexual e intimidad», en *Diario La Ley*, 19 de julio de 2010.

CABALLERO LOZANO, J.M. “Disposición Adicional Primera. - Régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento”, en LLAMAS POMBO, E. (coord.). *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, La Ley, 2007, pp. 1227-1247.

- CARRILLO, «La intimidad, las celebridades y el derecho a la información», *Diario La Ley*, 1 de julio de 2008.
- DEL MORAL GARCÍA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Reparación del honor lesionado (abusos, déficit y excesos: confusiónismo y promiscuidad en la tutela del derecho fundamental)*, ed. Comares, Granada, 2010.
- García Teruel, R.M. y Nasarre Aznar, S., “Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 789, enero-febrero 2022, pp. 183 a 223.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F. “La planificación de la vivienda protegida”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.) *Construyendo el derecho a la vivienda*. Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 349-381.
- LAMBEA LLOP, N. *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- MARTÍN CASALS, «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1266 y ss.
- MONTERO FERREIRA, D. *La novación subjetiva en el arrendamiento de vivienda protegida*, Madrid, Dykinson, 2018.
- NASARRE AZNAR, S. *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- REGLERO CAMPOS, F. “Disposición adicional primera. Régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 853-878.
- SANZ CINTORA, A. (coord.). *Diagnóstico 2012. La gestión de la vivienda pública de alquiler*. Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), 2013.
- TEJEDOR BIELSA, J. “Régimen jurídico general de la vivienda protegida”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.) *Construyendo el derecho a la vivienda*. Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 309-347.
- YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. Reglero Campos), t. III, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1366 y ss.