

VIVIENDAS SOLIDARIAS Y DISCAPACIDAD: PARTICULARIDADES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA

DANIEL MONTERO FERREIRA
*Doctorando en Derecho Civil (UNED)**
Abogado de la EMVS

Fecha de recepción: 28 de abril de 2014

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2014

RESUMEN: *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). La conveniencia y necesidad de la mercantil municipal de no perder el control y supervisión de dichos programas, plantea un estudio jurídico en torno a la novación subjetiva en la relación locativa de las viviendas protegidas.*

ABSTRACT: *After the bursting of the housing bubble and a scenario of economic crisis, Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. with a social vocation markedly from its origins, launches two housing projects targeting the most disadvantaged sectors: Housing network of solidarity and housing programs for disabled (in collaboration with Fundación ONCE). The convenience and necessity of the municipal corporation of not losing control and monitoring of these programs poses a legal study around the novation subjective in the locative relationship protected housing.*

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos, cesión, subarriendo, vivienda protegida, sociedad mercantil local, discapacidad.

KEYWORDS: Urban leasing, assignment, sublease, protected housing, Local Corporation, disability.

SUMARIO: *1. Cuestiones preliminares: Empresa Municipal de la Vivienda y burbuja inmobiliaria.- 2. La antigua doctrina del Tribunal Supremo sobre subarrendos y cesiones.- 3. Las denominadas “viviendas solidarias”: su regulación y ordenación: 3.1. Programas afines. 3.2. Programa de viviendas solidarias en la ciudad de Madrid. 3.3. Particularidades: duración arrendaticia según los logros de la intervención social.- 4. Personas con discapacidad y vivienda: 4.1. Ideas previas. 4.2. Convenio del Ayuntamiento con la Fundación ONCE.- 5. Cesión, subarriendo y responsabilidad de los programas: 5.1. Nociones doctrinales previas: la subrogación como acto y la cesión como contrato. 5.2. Cesión versus subarriendo: consentimiento expreso o tácito por el arrendador. 5.3. Responsabilidad patrimonial de la administración local por los programas sociales.- 6. Aspectos procesales: comodato y legitimación pasiva del subarrendatario.- 7. Reflexiones conclusivas.- 8. Bibliografía y fuentes.- 9. Índice de resoluciones citadas.*

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

1. CUESTIONES PRELIMINARES: EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVENDA Y BURBUJA INMOBILIARIA

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.¹ con una vocación marcadamente social desde sus orígenes, pone en marcha dos proyectos de viviendas destinados a los sectores más desfavorecidos. Se trata de la Red de Viviendas Solidarias y programas de viviendas para personas con discapacidad (en colaboración con la Fundación ONCE). En este sentido, la conveniencia y necesidad de la mercantil municipal de controlar y supervisar los programas en cuestión, deriva en la conveniencia de un estudio jurídico en torno a la novación subjetiva en la relación locativa de las viviendas protegidas².

Como es sabido, la EMVS³ 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. No solo facilita su acceso a los sectores con mayores dificultades, sino que cumple otras directrices de la política de vivienda, estando presente en todas ellas un marcado carácter social⁴. Piénsese que en la inclusión o, con más precisión, en la normalización social de la persona y la familia, la vivienda presenta un protagonismo básico para el desarrollo de un proyecto vital, con independencia del empleo.

La anunciada explosión de la burbuja inmobiliaria de los últimos años en España, ha producido una pluralidad de consecuencias. Una de ellas, colateral si se quiere, es el aumento de las novaciones subjetivas en los arrendamientos de viviendas protegidas, sin duda más sensibles a los efectos de la crisis económica.

Sobre el último extremo, el economista BERGES⁵ analiza con detalle la noción de “burbuja”, aplicándola posteriormente al mercado inmobiliario, para detectar su existencia y, en tal caso, su magnitud.

En un proceso de crecimiento de precios provocado por situaciones sostenidas de exceso de demanda, la “burbuja” se desencadena al activarse procesos “autoalimentadores” con el alza de los mencionados costos. En definitiva, al generalizarse un componente de demanda que responde a la expectativa del potencial encarecimiento económico.

¹ En adelante EMVS.

² Utilizo indistintamente el adjetivo de protegidas o públicas 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 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.

³ Fuente: www.emvs.es/ Empresa/Paginas/Inicio.aspx. Fecha de consulta: 28/01/2014.

⁴ Muy recientemente ha sido resulta la suspensión de promoción de vivienda. En particular, las medidas incluidas en el Plan de Viabilidad 2013-2018 de la EMVS, conllevan la reorientación de su objetivo y, por tanto, a sus trabajadores, sustituyendo la construcción de nuevas viviendas por la rehabilitación, el alquiler o la gestión del patrimonio municipal.

⁵ A. BERGES LOBERA, “Condicionantes e implicaciones del sector inmobiliario español”, *Extra-Economistas*, 100, marzo 2004, pp. 164-171 (con David Martínez Turégano).

Una situación de esta naturaleza es especialmente activa ante bienes que, además de su valor de uso, tiene el de inversión o “almacén de valor” contra la erosión inflacionista. En el caso de la vivienda, los anteriores presupuestos se cumplen en su totalidad, de modo que este elemento resulta ser un factor explicativo del crecimiento de precios.

Siguiendo con el mencionado autor, en este escenario concurre una reducida porción de la demanda que compra para beneficiarse de los próximos incrementos en los precios finales. De modo que, para el desenvolvimiento futuro del mercado financiero incluso sin burbuja o ante una de escasa magnitud, la acumulación de varios factores pone en riesgo su propia estabilidad.

Uno de estos factores, es la evolución de los tipos de interés, cuya tendencia bajista en la última década resulta ser el principal elemento explicativo de los precios de la vivienda.

Este riesgo del incremento de los tipos de interés en el área Euro, es especialmente importante si tenemos en cuenta que buena parte de las hipotecas suscritas en España utilizan un tipo de interés variable, de forma más intensa que en otros países de nuestro entorno.

Otro factor está asociado a la desaceleración del empleo y sus implicaciones sobre la renta disponible de las familias. El riesgo es mayor en la economía española, en tanto en cuanto el alta tasa de crecimiento económico y de empleo de las últimas décadas 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 componentes señalados, 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 nuestro país, ya que desde 1997, la tendencia alcista de los precios de la vivienda se ha producido, incluso con más intensidad en otras economías (Irlanda, Reino Unido, Holanda, Estados Unidos, etc.).

2. LA ANTIGUA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SUBARRIENDOS Y CESIONES

Como con tanto acierto destaca el Prof. CASTÁN TOBEÑAS, la antigua doctrina del Tribunal Supremo⁶, 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

⁶ J. CASTÁN TOBEÑAS, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927”, *Revista de Derecho Privado*, XV, 1928, pp.161-162.

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 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 sólo 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”.

Pues bien, en los programas de vivienda protegida arrendada que nos ocupa, habida cuenta que la propietaria de las viviendas (EMVS) no gestiona ni desarrolla tales programas, se verifican dos situaciones contractuales:

- 1º) Que la vivienda protegida sea arrendada a una entidad social para establecer en la misma un “piso tutelado” colectivo, generándose un pretendido subarriendo, al arrendar, a su vez, dicha vivienda a varias personas o familias. Parece implicar un supuesto de novación subjetiva en la relación contractual locativa, que más adelante analizaremos.
- 2º) Que la mercantil municipal arriende la vivienda protegida a una entidad social, que a su vez y con un doble vínculo contractual, arrienda a la persona o familia necesitada, con una pretendida inmutabilidad de la locación. Lo que genera un claro caso de novación subjetiva, que simple y llanamente constituye una cesión del arrendamiento en toda regla.

Teniendo en cuenta el indudable interés de la mercantil municipal de mantener el control y supervisión de tales programas, para la consecución de los objetivos y preservar sus propios intereses, la dicotomía de la meritada novación subjetiva, sea cesión arrendaticia o subarriendo, es uno de los puntos que centra este estudio.

La vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁷, 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 in consentidos, 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-TORRES⁸ aprecia que cesión y subarriendo de vivienda eran figuras extensa y complejamente reguladas en la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos (TR/1964), y que en la actualidad la doctrina las aborda, a su juicio, desde la óptica de la derogada normativa.

3. LAS DENOMINADAS “VIVIENDAS SOLIDARIAS”: SU REGULACIÓN Y ORDENACIÓN

3.1. Programas afines

El Ayuntamiento de Madrid se adhirió al Convenio para colaborar con el Fondo Social de Viviendas⁹; en este caso, los Servicios Sociales de Atención Primaria de la Ciudad facili-

⁷ En adelante LAU 1994, 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 (B.O.E. 5 junio), con vigencia desde el 6 junio de 2013.

⁸ M.L. MORENO-TORRES HERRERA, “Cesión de contrato y subarriendo de vivienda”, *RDP*, 7, 2001-2, pág. 21.

⁹ En adelante FSV.

tarán los informes de las familias solicitantes y además asesorarán a su ciudadanía sobre el procedimiento de solicitud¹⁰.

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 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 familiar¹¹.

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.

Este 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.

¹⁰ Fuente: www.emvs.es/Comunicacion/Notas/2013/FondoVivienda0214/Paginas/inicio.aspx. Fecha de consulta: 28/01/2014.

¹¹ Fuente: www.imserso.es/imserso_01/fsva/index.htm. Fecha de consulta: 31/01/2014

Supone, fundamentalmente y salvo casos de emergencia social, que la vivienda protegida sea arrendada como “piso tutelado” colectivo a una entidad social, pretendidamente subarrendando¹² 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 social¹³.

3.2. 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”¹⁴, 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 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 vivienda¹⁵.

¹² En la medida de los escasos recursos económicos de las personas o familias necesitadas de hogar.

¹³ 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.

¹⁴ Fuente: www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Novedades/Programa-de-Viviendas-Solidarias-en-la-Ciudad-de-Madrid. Fecha de consulta: 31/01/14

¹⁵ Actualmente, una renta a razón de 2 € por metro cuadrado y mes, hasta un máximo de 200 euros.

3.3. 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.

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

4.1. Ideas previas

La protección de la persona es uno de los elementos inspiradores de nuestra Constitución¹⁶. 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 órdenes¹⁷.

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

¹⁶ M^a.F. MORETÓN SANZ, "De la Minusvalía a la Discapacidad y Dependencia: Pasarelas y Asimilaciones Legales", *RUCT*, 8, pág. 89.

¹⁷ Op. cit., pág. 88.

1957¹⁸. 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.

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 acreditación¹⁹.

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 desórdenes²⁰.

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 dependencia²¹.

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”²².

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 SANZ²³ 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 patrimonial²⁴. 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.

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.

¹⁸ Vid., en esta materia al profesor C. LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 1, Parte General y Derecho de la persona, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, 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”, *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy Cervera (ed.), Dykinson-Carlos III, Madrid, pp. 167-185 y el exhaustivo trabajo de R. AMUNATEGUI, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *RDP*, enero-febrero, 2006, pp. 9-67; también CORDERO CUTILLAS: “La discapacidad e incapacitación judicial”, *AC*, 10, 2006.

¹⁹ Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 97.

²⁰ Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 100.

²¹ Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 106

²² Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 105.

²³ M^a.F. MORETÓN SANZ, “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.

²⁴ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 1, caps. 1, 9 y 10, *Parte General y Derecho de la Persona*, 2010 Marcial Pons, Madrid, 2007 y 2010.

4.2. *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 profesional²⁵.

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 15 por ciento más económica que la determinada por módulo de vivienda con protección pública²⁶ y, en el caso de 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 arquitectónicas²⁷.

²⁵ Fuente: www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Urbanismo-e-Infraestructuras/Comunicacion/Alojamientos-adaptados-temporales-para-integrar. Fecha consulta: 07/02/14.

²⁶ 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 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".

²⁷ 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

5. CESIÓN, SUBARRIENDO Y RESPONSABILIDAD DE LOS PROGRAMAS

5.1. Nociones doctrinales previas: la subrogación como acto y la cesión como contrato

A juicio del Profesor LACRUZ BERDEJO²⁸ 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 Maestro Carlos LASARTE ÁLVAREZ²⁹ 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, entendiendo este acuerdo como un consentimiento de las partes que intervienen en dicha cesión.
- b) Que se trate de un contrato bilateral³⁰.
- 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 cedido³¹.

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 expromisorio³².

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

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.

²⁸ J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 1, Madrid, 2000, pág. 531.

²⁹ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 3- *Contratos*, Madrid, 2011, pág. 133.

³⁰ Por su parte, CASTAN TOBEÑAS define al contrato bilateral o sinalagmático como aquel que crea obligaciones recíprocas para ambas partes (vid. J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo II - Obligaciones y Contratos, Reus*, Madrid, 1925, pág. 96).

³¹ M^a. F. MORETÓN SANZ, “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 713, pp. 1.184 y sigs.

³² Op. cit., pág. 1.198.

que, basado en la autonomía de la voluntad privada³³, 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.

Nos concreta MORENO-TORRES³⁴ 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.

Adicionalmente, el debate entre subrogación y cesión pretende aclarar las similitudes y diferencias de estas dos figuras³⁵. Comparto la opinión de mis maestros citados, de preferir el entendimiento de la subrogación como acto y la cesión como contrato³⁶.

Empero, ya en el año 1928 FONCILLAS³⁷, 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 1994, 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 CASTRO³⁸, 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.

³³ Vid. C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, pág. 196, y *Principios de Derecho Civil*, 3, y *Contratos*, Madrid, 2008, 11.ª ed., pp. 121 y sigs.

³⁴ Op. cit., pág. 22. Por ejemplo, en el caso de sustitución subjetiva del arrendatario en la relación locativa *mortis causa*.

³⁵ Vid. NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988 (2.ª ed., Córdoba, 1998), pág. 50.

³⁶ Vid. M.ª F. MORETÓN SANZ, "La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato". *cit.*, pág. 1.202.

³⁷ J.M. FONCILLAS, "La Cesión del arrendamiento y el problema de su realidad", *RCDI*, 45, 1928, pág. 671.

³⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO, "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 1994, 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 propietario³⁹.

No en vano, para DE CASTRO⁴⁰ 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-TORRES⁴¹, 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.

5.2. Cesión versus subarriendo: consentimiento expreso o tácito por el arrendador

El profesor DE CASTRO⁴² 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 expresamente⁴³.

Para VÁZQUEZ BARROS⁴⁴, el meritado artículo 8 LAU 1994 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 arren-

³⁹ Fuente: http://www.spaviv.es/portal/informacion/faq_lau_propietario.php. Fecha consulta: 4/02/2014.

⁴⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO, "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, págs. 133-135.

⁴¹ Op. cit., pág. 22.

⁴² F. DE CASTRO Y BRAVO, "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *cit.*, pág. 152.

⁴³ S. VÁZQUEZ BARROS, *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012 pp. 85-97.

⁴⁴ *Ibídem*.

daticia 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 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 CASTRO⁴⁵ 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-TORRES⁴⁶ que, sencillamente, la LAU 1994 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 1994, resulta aconsejable que el arrendatario tome las precauciones debidas

⁴⁵ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, *cit.*, pág. 140.

⁴⁶ Op. cit., págs. 28-30.

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.

El Tribunal Supremo dictamina⁴⁷ que no debe olvidarse que será esencial para la apreciación del subarriendo o cesión ilegal, la transferencia del *iusutendi* 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-TORRES⁴⁸ que, en rigor, lo que constituye causa de resolución del arrendamiento no es la cesión incontestada del contrato, sino la cesión incontestada 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 provincial⁴⁹.

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.

Para DE CASTRO⁵⁰, 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,

⁴⁷ STS 662/2013 de 5 de febrero de 2013 (Antecedente de Hecho Segundo).

⁴⁸ Op. cit., pág. 23.

⁴⁹ El TS aplica la doctrina jurisprudencial que establece, que para que se aprecie la causa de resolución del arrendamiento por cesión incontestada, 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 incontestada, 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).

⁵⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO, "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *cit.*, pág. 151.

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-TORRES⁵¹, 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 incontestada 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.

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

⁵¹ 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.

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 CASTRO⁵², 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.

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

⁵² F. DE CASTRO Y BRAVO, “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, *cit.*, pág. 144.

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 e 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 verbal⁵³. 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 BARROS⁵⁴ 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 el subarriendo de una novación subjetiva. En mi opinión, por vericuetos distintos: léase bien piso tutelado o vivienda pública

⁵³ Vid. SAP de Cádiz de 9 de septiembre de 1994.

⁵⁴ Op. cit.

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-TORRES⁵⁵, 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 BARROS⁵⁶ 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 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

⁵⁵ Op. cit., pág. 31.

⁵⁶ Op. cit.

una autorización verbal por parte del arrendador; en tal supuesto podemos pensar que esta posibilidad sí cabe basándome 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 incontestada. Aunque, en todo caso, todo ello quedaría reducido a una discusión y prueba del derecho que se invoque (arrendador: cesión incontestada 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 LAU1994.

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 1994.

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 incontestado. 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 calidad 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-TORRES⁵⁷ que el artículo 8 LAU 1994 *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 1994. 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

⁵⁷ Op. cit., pág. 33.

partes. Esta interpretación personal tiene su apoyo legal en la mención del artículo 3, párrafo 2 de la LAU 1994 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.

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-TORRES⁵⁸ 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 arrendada⁵⁹.

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 1994. 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.

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 arrendata-

⁵⁸ Op. cit., pág. 35.

⁵⁹ En contra, F. REGLERO CAMPOS, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Pamplona, 1995, pág. 644.

rio 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 BARROS⁶⁰ 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

⁶⁰ Op. cit.

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 registrarán 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.
- 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 1994, 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 1994.
- i) Con la LAU 1994, 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 CASTRO⁶¹, no es solo el propietario el que puede arrendar su

⁶¹ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, *cit.*, pág. 131.

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.

5.3. 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 programa⁶². 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 la improcedencia del embargo judicial de sus cuentas derivado de una ejecución de título judicial⁶³, tras el 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 Horizontal⁶⁴ 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 sentencias⁶⁵ que, un examen de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, exige concluir que el

⁶² 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 m²). 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 XXXXXXXXXXXX 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”.

⁶³ Léase sentencia.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ A modo de ejemplo, STS 4916/2011 de 20 de julio de 2011 (Fundamento de Derecho Tercero).

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 programa⁶⁶ por el impago de estas cuotas de comunidad, cantidades asimiladas a renta según la doctrina del Alto Tribunal.

Mi maestra la profesora MORETÓN SANZ⁶⁷ 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 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”⁶⁸.

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 servicio⁶⁹.

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.

⁶⁶ 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”.

⁶⁷ M^a. F. MORETÓN SANZ, “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, pp. 1.549-1.784.

⁶⁸ J. BERMEJO VERA (Dir.), *Práctica de la Administración Local*, 5, Barcelona, 2005, pág. 3.538.

⁶⁹ M^a.F. MORETÓN SANZ, *Ibidem*.

Es el supuesto de la pretensión resarcitoria ejercida, subsidiaria o directamente⁷⁰, contra la Administración titular del servicio público a la que, en principio, se da respuesta negativa, advirtiéndose por la mejor doctrina que únicamente será viable si concurre la insolvencia del gestor del servicio⁷¹.

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-administrativo⁷².

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 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 fundamente la hipotética demanda de responsabilidad patrimonial, entiendo que procedería estimar la

⁷⁰ 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 autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

⁷¹ 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.

⁷² M^a.F. MORETÓN SANZ, *Ibidem*.

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.

6. 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 del Código Civil.

En el caso de 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. 1750 CC”⁷³.

Esta cuestión planteada fue ventilada por el Tribunal Supremo el 2 de octubre de 2008, 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, si bien los conflictos y asuntos sobre esta materia aún no han sido resueltos

Como ya hemos dicho, el artículo 8 LAU 1994 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 SÁNCHEZ⁷⁴, 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 conversión de su situación en precario. Al amparo del art. 13 de la LECiv, que regula la intervención voluntaria y mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado en el pleito.

SAMANES ARA⁷⁵ se plantea el interrogante de si la LECiv está admitiendo únicamente la posibilidad de intervención cuando quien entra en el proceso es un sujeto cotitular del

⁷³ Vid. SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 27 de febrero de 2006.

⁷⁴ J.L. IBARRA SÁNCHEZ, “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, pp. 150-152.

⁷⁵ C. SAMANES ARA, *Las partes en el proceso Civil*, Madrid, 2000, pág. 134.

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 LECiv, 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 LEC 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 SÁNCHEZ⁷⁶ 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 dimanase 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 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 subarriendos.

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 SÁNCHEZ⁷⁷, la tendencia que se ha convertido en mayoritaria.

Otra cuestión que dicho autor⁷⁸ plantea y que no es pacífica en la jurisprudencia, radica en determinar si el límite de la enervación fijado en el art. 22.4 LEC 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 arrenda-

⁷⁶ Op. cit.

⁷⁷ Op. cit., págs.146-147.

⁷⁸ Vid. IBARRA SÁNCHEZ, Op. cit., págs. 585-586.

tario- 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 jurisprudencial⁷⁹, me muestro partidario de la concepción personal del derecho a enervar.

Siguiendo a IBARRA SÁNCHEZ⁸⁰, la concepción del precario se ha restringido por la interpretación más o menos literal que cierta jurisprudencia hace del art. 250.1.2.ª LECiv, 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 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 ilegal⁸¹. 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 LECiv.

7. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. En mi opinión, existe novación subjetiva del lado del arrendatario en los casos de viviendas para uso individual (o no colectivo), adscritas a los programas sociales tratados. Dicha novación genera una cesión arrendaticia.

II. 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.

III. Sin duda, hay un interés en defender la errada interpretación, al menos en lo que respecta a las viviendas con calificación de Promoción Pública, pues el artículo 14.1 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Op. cit., pág. 1.000.

⁸¹ STS 6 de febrero de 1974.

Protección Pública de la Comunidad de Madrid, establece que el subarriendo total o parcial de la vivienda dará lugar a la resolución del contrato.

IV. Respecto a las viviendas de uso colectivo o “pisos tutelados”, ya he manifestado mis dudas sobre que 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.

V. 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.

8. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

- A. BERGES LOBERA, “Condicionantes e implicaciones del sector inmobiliario español”, *Extra-Economistas*, nº 100, marzo 2004 (con David Martínez Turégano).
- BERMEJO VERA (Dir.), *Práctica de la Administración Local*, 5, Barcelona, 2005.
- J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral* Tomo II - Obligaciones y Contratos, Madrid, 1925.
- “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927” *Revista de Derecho Privado*, XV, 1928.
- F. DE CASTROY BRAVO, “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930.
- J.M. FONCILLAS, “La Cesión del arrendamiento y el problema de su realidad”, *RCDI*, 45, 1928.
- J.L. IBARRA SÁNCHEZ, *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.
- J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 1, Madrid, 2000.
- C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 1, Parte General y Derecho de la Persona, Marcial Pons. 19ª ed, Madrid, 2007 y 2010, 2013
- *Principios de Derecho Civil*, 2, Madrid, 2013, 16.ª ed.
- *Principios de Derecho Civil*, 3, Contratos, Madrid, 2013. 15ª ed.
- MESTRE DELGADO, “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, *Tratado de Derecho Municipal*. MUÑOZ MACHADO (Dir.), Madrid.
- M.L. MORENO-TORRES HERRERA, “Cesión de contrato y subarriendo de vivienda”, *RDP*, 2001-2, 7.
- Mª.F. MORETÓN SANZ, “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*, Septiembre 2011.
- “De la Minusvalía a la Discapacidad y Dependencia: Pasarelas y Asimilaciones Legales”, *RUCT*, 8.

- “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 713.
 - “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.
- NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Córdoba, 1998. 2ª ed.
- F. REGLERO CAMPOS, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Pamplona, 1995.
- www.emvs.es/Comunicacion/Notas/2013/FondoVivienda0214/Paginas/inicio.aspx
- www.emvs.es/Empresa/Paginas/Inicio.aspx
- www.imsero.es/imsero_01/fsva/index.htm
- www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Urbanismo-e-Infraestructuras/Comunicacion/Alojamientos-adaptados-temporales-para-integrar
- www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Novedades/Programa-de-Viviendas-Solidarias-en-la-Ciudad-de-Madrid

9. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 20 de marzo de 2013
- STS 5 de febrero de 2013
- STS 20 de julio de 2011
- STS 6 de febrero de 1974
- STS 2 de junio de 1927

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Baleares, Sec. 3.ª, 17 de diciembre de 2006
- SAP de Alicante, Sec. 5.ª, 26 de octubre de 2006
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, 27 de febrero de 2006
- SAP de Asturias, Sec. 4.ª, 9 de julio de 2002
- SAP de Bilbao 15 de mayo de 1995
- SAP de Cádiz 9 de septiembre de 1994