

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Doctrina sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas y realidad social

## *Doctrine on the termination of a lease contract for late payment of rent or other amounts due and social reality*

por

ALEJANDRO FUENTES-LOJO RIUS

*Abogado*

*RESUMEN:* Este estudio constituye un análisis crítico de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta y otras cantidades debidas a la luz de la teoría más moderna sobre la fisonomía del incumplimiento contractual y de los pronunciamientos más recientes del TEDH y del TC en materia del derecho a la vivienda constitucionalmente reconocido. El objetivo es poner de manifiesto la necesidad de adaptar dicha doctrina jurisprudencial a la evolución del ordenamiento, la opinión de la comunidad jurídica y la realidad social.

*ABSTRACT:* This study constitutes a critical analysis of the jurisprudential doctrine of our Supreme Court on the termination of the lease contract for late payment of rent and other amounts in the light of the most modern theory on the physiognomy of breach of contract and of the most recent pronouncements of the ECHR and the TC on the constitutionally recognized right to adequate housing. The main goal is to highlight the need to adapt this jurisprudential doctrine to the evolution of the legal system, the opinion of the legal community and the social reality.

**PALABRAS CLAVE:** Desahucio. Impago. Retraso. Renta. Realidad social. Contrato de arrendamiento. Vivienda, juicio de razonabilidad. Proporcionalidad. Desalojo forzoso. Resolución. Incumplimiento grave. Incumplimiento esencial. Culpabilidad. Principio de conservación del contrato. Frustración de fin del contrato. Programa prestacional. Principio de reciprocidad. Incumplimiento prestacional.

**KEY WORDS:** *Eviction. Non-payment. Delay. Rent. Social reality. Lease. Housing. Reasonableness. Proportionality. Forced eviction. Termination. Serious breach. Fundamental breach. Culpability. Principle of preservation of the contract. Frustration of the purpose of the contract. Performance schedule. Principle of reciprocity. Performance breach.*

**SUMARIO:** I. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR RETRASO EN EL PAGO DE LA RENTA U OTRAS CANTIDADES DEBIDAS.—II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DE INCUMPLIR Y LA RESOLUCIÓN ANTICIPADA.—IV. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO.—V. LOS PRIMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE SE APARTAN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. LA PROBLEMÁTICA DE ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA Y LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS: 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA. 3. EL VECTOR DE Oponibilidad DEL DERECHO A LA VIVIENDA. 4. EL PAPEL DEL ARRENDAMIENTO EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA.—VII. SOBRE LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA EVOLUCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR RETRASO EN EL PAGO DE LA RENTA U OTRAS CANTIDADES DEBIDAS

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo (SSTS núm. 137/2014, de 18 de marzo; núm. 180/2014, de 27 de marzo; núm. 755/2008, de 24 de julio; núm. 1219/2008, de 19 de diciembre; núm. 594/2011, de 9 de septiembre; núm. 180/2014, de 27 de marzo; entre otras) que el mero retraso en el pago de una sola mensualidad de renta es causa de resolución del contrato de arrendamiento.

El pago de la renta fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio no excluye la resolución arrendaticia y ello, aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas.

Los tribunales vienen declarando de forma pacífica que el impago de otros conceptos a cargo del arrendatario distintos de la renta, como el Impuesto de Bienes Inmuebles, gastos generales, etc. también es causa de resolución del contrato (Sentencia de la Audiencia Provincial [en adelante SAP] de Valencia, Sec. 7.<sup>a</sup>, núm. 440/2019, de 4 de noviembre; SAP de Madrid, Sec. 20.<sup>a</sup>, núm. 81/2008, de 25 de enero); y también respecto de aquellos arrendamientos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (en adelante LAU 64) a pesar de la literalidad del artículo 114.1.º, que se refiere exclusivamente al impago de rentas y a cantidades asimiladas a renta (STS de 12 de enero de 2007).

No se exige que dicho impago sea culposo, siendo suficiente con que se constate el incumplimiento objetivo de la obligación.

Téngase en cuenta que no es una causa automática de resolución del contrato, no es una condición resolutoria tácita, es facultativa del arrendador.

No pueden hacerse depender del deudor incumplidor dichos efectos resolutorios. Es un derecho potestativo del arrendador perjudicado por dicho impago, una facultad de configuración jurídica, que puede ejercer a través de una declaración de voluntad recepticia.

Esta doctrina jurisprudencial equipara el incumplimiento tardío de la obligación de pago al incumplimiento definitivo de la obligación.

Se justifica el incumplimiento resolutorio en que el arrendador no viene obligado a soportar el retraso de ordinario en el abono de las rentas periódicas

y en la mayoría de casos se había producido un impago anterior en tiempo, pero no se exige como requisito que dicho impago sea reiterado en el tiempo; sin perjuicio de que, en la práctica, ante el primer impago, el arrendatario podrá evitar los efectos resolutorios enervando la acción de desahucio.

Aun cuando dicha doctrina se forjó en 2008 respecto de contratos de arrendamiento de renta antigua, se ha venido aplicando por nuestros tribunales SAP de Málaga, Sec. 4.<sup>a</sup>, núm. 302/2020, de 8 de junio; SAP de Barcelona, Sec. 13.<sup>a</sup>, núm. 629/2011, de 20 de diciembre; SAP de Barcelona, Sec. 4.<sup>a</sup>, núm. 798/2019, de 16 de julio) analógicamente también a arrendamientos —tanto de vivienda, como de uso distinto de vivienda— sujetos a la LAU 94, como si los artículos 114 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (en adelante TRLAU 64) y el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante LAU 94) fuesen preceptos homólogos.

Si bien ambos textos legales —TRLAU 64 y LAU 94— reconocen como causa legal de resolución el impago de la renta, su tratamiento jurídico es distinto.

Así, mientras que el TRLAU 64 establece un sistema de resolución contractual al margen de nuestro Código Civil, no siendo de aplicación el artículo 1124 del Código Civil, dada la especial protección que el legislador quiso otorgar a los arrendatarios de contratos de renta antigua, el artículo 27.1 de la LAU 94 hace una remisión expresa al artículo 1124 del Código Civil, para luego establecer en su apartado 2 un elenco de causas de resolución del contrato similar al del artículo 114, pero que, a diferencia de este último, no constituye un *numerus clausus*.

En este sentido, se ha pronunciado MOLINA ROIG, E., en los siguientes términos: «A diferencia de lo que sucedía en la LAU 1964, las causas de resolución del contrato no son *numerus clausus*, y el arrendador podrá resolver el contrato cuando el arrendatario incumpla el contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil».

Nótese que la configuración del sistema de resolución contractual que previó el legislador del 94 es la misma que la de nuestro Código Civil, haciendo el apartado 1 del artículo 27 una remisión expresa al 1124 del Código Civil y el apartado 2 es equiparable al 1569 del Código Civil, pero con un elenco mayor de causas legales de resolución.

A la vista de lo anterior, entendemos que no procede la aplicación analógica de dicha doctrina jurisprudencial sobre los efectos resolutorios del retraso en el pago de la renta a los contratos posteriores a 1 de enero de 1995 por falta de identidad de razón. Naturalmente, tampoco procederá su aplicación a los contratos de arrendamiento sujetos al Código Civil.

Así las cosas, ¿cómo se debe interpretar el artículo 27.2.a) de la LAU 94?

En primer lugar, debemos recordar que este precepto se refiere a «la falta de pago de la renta», sin precisar si el impago tiene que ser total o parcial, si tiene que ser respecto de una o más mensualidades de renta, o incluso si es suficiente para exigir la resolución del vínculo contractual por el mero retraso en el pago de una sola mensualidad de renta.

Se debe realizar una interpretación sistemática de esta causa legal de resolución del contrato consistente en el impago de la renta (o de cualquier otro concepto a cargo del arrendatario) con su apartado primero, que se remite de forma expresa al 1124 del Código Civil. Nótese que esta remisión legal al Código Civil no la hace el TRLAU 64.

A nuestro juicio, al establecerse en el apartado 2 del artículo 27 un elenco de causas legales de resolución, el legislador quiso establecer una presunción *iuris tantum* de que dichos incumplimientos contractuales específicos ostentan la gravedad o entidad suficiente para llevar consigo la frustración del interés

de la contraparte en la celebración del contrato, liberando al perjudicado de la carga de tener que acreditar la gravedad de dichos incumplimientos para poder exigir la resolución del vínculo contractual, invirtiéndose así la regla general de distribución de la carga de la prueba en el proceso civil (art. 217 de la LEC).

Se trata de una presunción legal de gravedad del incumplimiento obligatorio. Luego, en tanto que presunción *iuris tantum*, el arrendatario podrá destruir dicha presunción acreditando que conforme a las circunstancias del caso concreto dicho impago no ha frustrado la finalidad del contrato, que no es un incumplimiento esencial del contrato y, por tanto, no procede la resolución del vínculo contractual.

A nuestro juicio, por norma general, un retraso ocasional en el abono de un periodo de renta en un contrato de tracto sucesivo —como es un arrendamiento— constituye incumplimiento, pero no afecta de modo esencial a la economía del contrato, pues no frustra la finalidad del mismo ni deja de satisfacer, aún con reparos, el interés del acreedor. Lo analizaremos con mayor detalle más adelante.

Contrariamente a la tesis sostenida por el Alto Tribunal, creemos que no todo impago de renta debe tener efectos resolutorios del vínculo arrendaticio.

La interpretación que hace el Tribunal Supremo no solamente no se acomoda a una interpretación literal del artículo 27.2.a) de la LAU, sino que es contraria al espíritu del artículo 1124 del Código Civil, tal como veremos a continuación.

## II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL

Nótese que el hecho de que la regulación sobre incumplimiento de obligaciones contractuales no exija el elemento subjetivo de la imputabilidad en el incumplimiento para que tenga eficacia liberatoria, nada tiene que ver con la eficacia de dicho incumplimiento respecto del vínculo contractual (art. 1124 CC), en el cual, como veremos, sí incide dicho elemento subjetivo para dotar de eficacia resolutoria a dicho incumplimiento. Tampoco debe confundirse el régimen de la ineficacia en el incumplimiento obligatorio en los contratos de naturaleza bilateral con el régimen de responsabilidad civil contractual de nuestro artículo 1101 del Código Civil, pues este último aborda la imputabilidad del daño causado por un incumplimiento obligatorio.

Antaño, nuestro Tribunal Supremo exigía la concurrencia de «una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» para que dicho incumplimiento tuviera eficacia resolutoria en los contratos de carácter bilateral (SSTS de 26 de junio de 1952, de 25 de febrero de 1983), o bien que el incumplimiento obedeciera a causas que le fueran imputables (SSTS de 6 de julio de 1954 y de 26 de enero de 1980), e incluso en algunos casos, se unen ambas expresiones «existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y que este sea imputable al deudor» (STS de 7 de febrero de 1983), e incluso más recientemente, «que la frustración no se produce cuando la causa que origina el incumplimiento no es atribuible a las partes» (STS de 11 de octubre de 2006), haciendo una interpretación muy restrictiva del artículo 1124 con base en el principio de conservación del contrato.

Dicho requisito de imputabilidad del incumplimiento resolutorio se relajó al exigir el Tribunal Supremo un requisito alternativo consistente en la «existencia de un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento» (SSTS de 28 de enero de 1941, de 9 de marzo de 1950, de 25

de junio de 1985, de 22 de octubre de 1985, de 12 de noviembre de 1992, de 30 de abril de 1994).

Hacia finales de los años 90 nuestro Tribunal Supremo adopta una perspectiva más objetivadora del incumplimiento resolutorio, abandonando el binomio «incumplimiento imputable-incumplimiento resolutorio», señalando que para que tenga efectos resolutorios basta con que sea un incumplimiento sustancial, «sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida» (STS de 6 de junio de 2000), que se trate de un incumplimiento «verdadero y propio» (SSTS de 25 de noviembre de 1992, de 15 de noviembre de 1994), «grave» (SSTS de 8 de febrero de 1993 y de 23 de enero de 1996, sentencia de 29 de noviembre de 2012).

Conforme a esta interpretación, lo relevante no es la conducta incumplidora del deudor, sino la entidad de la obligación incumplida, en aras a determinar la gravedad de dicho incumplimiento, para lo que será fundamental atender a la naturaleza del contrato, al sinalagma del negocio jurídico, al programa prestacional, de tal forma que el juicio de gravedad queda enmarcado y limitado al ámbito de las prestaciones principales del negocio jurídico. Luego, no cabe la resolución contractual ante incumplimientos meramente accesorios o complementarios de la obligación principal por no ostentar la entidad suficiente en relación con el deber de prestación como para justificar la desvinculación contractual.

Pese a la contravención, el deudor ha procurado al acreedor un bien jurídico lo suficientemente valioso para satisfacer su interés (STS de 22 de marzo de 1993).

Su ponderación se cifra en el alcance del desajuste o falta de ejecución del programa prestacional, observado objetivamente conforme al programa prestacional establecido. En palabras de nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 31 de mayo de 2007:

*«En suma, como se ha declarado en la reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2006 (recurso núm. 3818/1999), la jurisprudencia, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (Sentencias de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras)».*

En palabras de nuestro Tribunal Supremo (sentencia núm. 638/2013, de 18 de noviembre), se trata de los tradicionalmente denominados «incumplimientos prestacionales», que responden a supuestos encuadrados dentro de los incumplimientos resolutorios que se derivan de la prestación defectuosa, del *aliud pro alio*, del término configurado como esencial y de la excepción del contrato no cumplido (SSTS de 18 de mayo de 2012, de 8 de enero de 2013 y de 11 de abril de 2013).

Así pues, el régimen del incumplimiento prestacional queda condicionado por el principio de reciprocidad que dibuja el carácter sinalagmático de la relación obligatoria que el artículo 1124 del Código Civil impone como necesario presupuesto de aplicación al marco resolutorio.

Pocos años después, en un intento del Alto Tribunal de acercarse al derecho privado europeo moderno, la doctrina jurisprudencial volvió a virar para integrar los principios de derecho contractual europeo e internacional (Principios UNIDROIT, PECL, DFCR) en el artículo 1124 del Código Civil (sentencia de 5

de abril de 2006, de 31 de octubre de 2006, de 22 de diciembre de 2006, de 27 de julio de 2007, de 30 de octubre de 2008).

Conforme al moderno derecho contractual europeo, se considera que el incumplimiento es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra (SAP de Burgos, Sec. 2.<sup>a</sup>, núm. 328/2011, de 22 de julio). En palabras de nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 5 de abril de 2006:

*«Esta Sala había sostenido que para que existiera este incumplimiento debía concurrir “una voluntad deliberadamente rebelde” del deudor (sentencias de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986 y 18 de noviembre de 1994, entre muchas otras). Sin embargo, algunas sentencias ya habían abierto la vía a una matización del principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba “por el hecho mismo de la inefectividad del precio contraviniendo la obligación asumida” (sentencia de 19 de junio de 1985), bien por una frustración del fin del contrato “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren, como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte” (sentencia de 18 de octubre de 1993), bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave (sentencia de 13 de mayo de 2004). Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato”, norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código civil en el momento actual; en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos».*

Conforme a esta nueva interpretación jurisprudencial del artículo 1124 del Código Civil, lo relevante ya no es la entidad de la obligación incumplida, sino las consecuencias que determina su incumplimiento para el acreedor.

A efectos resolutorios, lo relevante es que se trate de un «incumplimiento esencial atentatorio a la finalidad perseguida por el contrato» (sentencia de 3 de septiembre de 1992).

En otras palabras, es suficiente con que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, basta con que se produzca el hecho del «incumplimiento obstaculizador de fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo contractual» (SSTS de 9 de octubre de 1987, sentencia de 4 de junio de 2007).

Se pone el acento en la esencialidad del incumplimiento obligacional y no en la gravedad del mismo, atendiendo a la causa del contrato.

Esta tesis jurisprudencial se centra en la «perspectiva satisfactiva del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato» (SSTS de 18 de junio de 2013, de 5 de marzo de 2018).

Para ponderar si el incumplimiento es esencial habrá que preguntarse por los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato, habrá que hacer una valoración de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado (SSTS de 18 de mayo de 2012, de 18 de noviembre de 2013).

La valoración e interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base del negocio, de la causa concreta del mismo o a la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica.

A diferencia de la doctrina jurisprudencial anterior, la valoración del alcance resolutorio del incumplimiento no queda circunscrito a las prestaciones principales del contrato, pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica del contrato se infiere que fueron determinantes para la celebración del mismo (STS de 18 de noviembre de 2013).

Nótese que para determinar si el incumplimiento es resolutorio ya no habrá que estar a la gravedad del incumplimiento, no habrá que estar al carácter principal de la obligación.

Esta nueva categoría del incumplimiento esencial se centra en la dinámica de la satisfacción del acreedor que exige indagar la causa concreta o base del negocio y no en el posible alcance del incumplimiento de los deberes contractuales previamente programados.

### III. LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DE INCUMPLIR Y LA RESOLUCIÓN ANTICIPADA

Conforme a la evolución jurisprudencial interpretativa del incumplimiento resolutorio en los contratos de carácter bilateral expuesta en el apartado anterior, podemos apreciar que ya no se requiere que exista voluntad de incumplir, pero ello no significa que deba obviarse por completo dicho elemento interpretativo.

Que no sea un presupuesto jurídico necesario para determinar si el incumplimiento es esencial no significa que no deba ser tenido en cuenta.

De verificarse que hay voluntad de incumplir, no será necesario verificar si dicho incumplimiento afecta a la causa del contrato, pues el perjudicado no tiene por qué esperar a que se produzca la evidencia de una circunstancia definitiva e irreformable, no tiene por qué esperar a la total frustración de su interés contractual, pues aunque el cumplimiento sea todavía posible y conserve su utilidad para el acreedor, no tiene por qué soportar el mantenimiento del vínculo contractual ante el temor fundado de que volverá a incumplir o de que dicho incumplimiento temporal se convertirá en definitivo.

Así lo disponen los principios de derecho europeo de contratos, al calificar de esencial el incumplimiento «deliberado o imprudente que da motivos al acreedor para creer que no se puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor» (III.3:502 DCFR).

Lo que determina la esencialidad del incumplimiento en estos casos es la justificada pérdida de confianza del acreedor perjudicado por el incumplimiento.

Es más, en los casos en que el contratante ha manifestado de antemano su intención de incumplir, está justificada una resolución anticipada ante el previsible incumplimiento futuro, en tanto que una parte no puede razonablemente continuar vinculada por un contrato una vez que ha quedado claro que la otra no quiere cumplir en el momento de vencimiento de la obligación.

Tal como declara GONZÁLEZ CARRASCO, M.A., constituye una excepción a la regla general que impide resolver cuando el incumplimiento es todavía posible y conserva su utilidad para el acreedor.



Si bien esta figura del incumplimiento anticipado está basada en el moderno derecho europeo de contratos, debemos recordar que tampoco es una figura ajena a nuestro derecho interno, pues recordemos que el artículo 1503 del Código Civil faculta al vendedor de bien inmueble a resolver inmediatamente en caso de temor fundado de perder la cosa vendida y el precio.

Esta doctrina del incumplimiento anticipado juega un papel muy relevante en aquellos incumplimientos consistentes en el impago de la renta, tal como veremos a continuación.

#### IV. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO

Como hemos avanzado con anterioridad, a nuestro juicio y, contrariamente a la vigente doctrina del Tribunal Supremo anteriormente expuesta, el impago de una mensualidad de renta constituye un mero retraso en el cumplimiento obligatorio que no ostenta eficacia resolutoria.

Se trata, por norma general, de un incumplimiento temporal, no definitivo, no esencial; salvo que se hubiere configurado el término como esencial. En este sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 13.<sup>a</sup>, de 7 de marzo de 2007:

*«(...), porque el retraso en ese periodo no es causa resolutoria, sino irregularidad en el cumplimiento de la obligación, que podría ser sancionado con los «intereses», pero no con el desahucio; claro, en la medida en que —atendiendo al periodo en que se pacta— puede ser un retraso relevante a efectos del artículo 1124 del Código Civil».*

En idéntico sentido, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 13.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2008:

*«La falta de pago se cumple al transcurrir todo el periodo establecido para el pago de la renta en el contrato (generalmente todo el mes), porque el retraso en ese periodo no es causa resolutoria, sino irregularidad en el cumplimiento de la obligación, que podría ser sancionado con los «intereses», pero no con el desahucio; claro, en la medida en que —atendiendo al periodo en que se pacta— puede ser un retraso relevante a efectos del artículo 1124 del Código Civil o —puede defenderse— pudiera tratarse de un supuesto de abuso de derecho».*

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Comunicación núm. 5/2015 ha declarado que solamente estará debidamente justificada la medida de desalojo del inquilino por impago en caso de que sea persistente. En palabras del Comité:

*«En determinadas circunstancias, el desalojo de personas que viven en una vivienda en alquiler puede ser compatible con el Pacto siempre que la medida esté prevista por la ley, se realice como último recurso, y que las personas afectadas tengan previamente acceso a un recurso judicial efectivo, en que se pueda determinar que la medida está debidamente justificada, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada. Adicionalmente, debe existir una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva previa entre las autoridades y la(s) persona(s) afectada(s), no existir medios alternativos o medidas menos gravosas, y la(s) persona(s) afectada(s) por la medida*



*no debe(n) quedar en una situación que le(s) exponga a o constituya una violación de otros derechos del Pacto o de otros derechos humanos».*

Conforme a esta tesis jurisprudencial minoritaria en la actualidad, el retraso en el pago de la renta tiene su propia sanción de carácter estrictamente económico, consistente en el devengo de los intereses, como consecuencia de la inseguridad en que coloca al arrendador respecto de su derecho de cobro.

En estos casos, el pago de la renta, a pesar de no haber sido realizado en el tiempo pactado en el contrato, continúa, por norma general, siendo útil e idóneo para satisfacer el interés del acreedor.

En este sentido, se han pronunciado los catedráticos FERRER I RIBA, J. y ADÁN DOMÉNECH, F. En palabras de este último, «*el simple retraso constituye una actitud reprobable del arrendatario, pero no puede constituir por sí solo motivo de resolución contractual*».

Nótese que los PECL [art. 9.301 (2)] exigen para poder resolver el contrato en caso de retraso —salvo que tenga carácter esencial—, la concesión de un plazo adicional razonable para que el deudor pueda cumplir con su obligación, enervando así el efecto resolutorio del incumplimiento.

Sin ir más lejos, nuestro artículo 1504 del Código Civil estipula en la venta de bienes inmuebles, que aun cuando se hubiera estipulado una condición resolutoria por falta de pago del precio en el tiempo convenido, el comprador podrá pagar y enervar la resolución aun después de expirado el plazo, interín no haya sido requerido judicial o notarialmente.

Sendas normas jurídicas parten de la premisa de que el retraso en el cumplimiento de la obligación no constituye *per se* incumplimiento esencial, pero que transcurrido dicho plazo adicional sin haberse cumplido la obligación, ya no resulta razonable una espera más prolongada del acreedor, por mucho que la prestación continúe siendo objetivamente útil.

Se podría afirmar que la figura procesal de la enervación de la acción de desahucio (art. 22.4 de la LEC) cumple con esta finalidad de protección del deudor en caso de retraso en el cumplimiento obligatorio.

Recuérdese que la enervación no es más que el derecho o beneficio (AAP Madrid, Sec. 11.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2005 y AAP Barcelona, Sec. 13.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2006) que se concede al arrendatario, que por cualquier motivo ha dejado de pagar la renta u otras cantidades debidas y ha sido demandado, a fin de evitar el grave perjuicio de la resolución del contrato abonando el importe que adeude en el instante de su ejercicio. Nace con una función eminentemente social para proteger un bien básico como es el de la vivienda o el negocio en el que sustenta el arrendatario su actividad económica. Sin embargo, su funcionamiento en la práctica forense no está exento de complejidad y puede dar lugar a situaciones que generen una grave indefensión al arrendatario, tal como ha puesto de manifiesto recientemente el Tribunal Supremo en sentencia número 811/2021, de 29 de noviembre, que para salvar dicha indefensión se ve obligado a declarar la procedencia de la enervación *ad cautelam*, sacrificando para ello el principio de legalidad procesal. Piénsese en aquellos casos en que se ha actualizado la renta y la cantidad reclamada es superior a la cantidad que el arrendatario considera realmente debida. El demandado deberá consignar *ad cautelam* la totalidad de la cantidad reclamada —y no solamente la que considere debida—, en aras a evitar el riesgo de que se estime el desahucio, pues la enervación solo es eficaz si el pago es de la totalidad de la renta exigida, esto es, no solamente de las rentas reclamadas en la demanda, sino también de las que se adeuden en el momento

de realizar el pago enervador (SAP de Cantabria, Sec. 4.<sup>a</sup>, núm. 121/2016, de 8 de marzo y SAP de La Rioja, Sec.1.<sup>a</sup>, núm. 33/2016, de 16 de febrero), obligando así al demandado a reclamar el diferencial en un proceso declarativo posterior por el importe de más consignado al no tener efectos de cosa juzgada la acción de desahucio (art. 447.2 de la LEC), en tanto que la enervación conlleva automáticamente la finalización del proceso de desahucio, conforme a la literalidad del artículo 22.4 de la LEC.

Al margen del juego procesal que tiene la figura de la enervación del desahucio, fijémonos que la citada doctrina del Tribunal Supremo sobre la eficacia resolutoria del retraso en el pago de la renta y de otras cantidades debidas distingue en función de si el pago es anterior o posterior al momento de presentación de la demanda de desahucio. A criterio del Alto Tribunal, este es el momento clave para determinar si dicho impago tiene o no eficacia resolutoria.

Sorprende que, conforme a esta doctrina jurisprudencial es indistinto el tiempo que haya transcurrido entre el impago y el momento de presentación de la demanda de desahucio. De tal forma que se deja en manos del propio acreedor la decisión de cuándo el retraso es un impago esencial que da derecho a resolver el contrato. Lo cual no solamente es desacertado a nuestro juicio, sino que puede dar pie a situaciones constitutivas de abuso de derecho (art. 7.2 CC) y de mala fe procesal (art. 247 de la LEC), como en el caso de la SAP de Valladolid, Sec. 3.<sup>a</sup>, núm. 516/2021, de 12 de julio, que apreció uso abusivo por antisocial del derecho que asistía a la arrendadora al acudir de manera inmediata al desahucio por impago ante el retraso en el pago parcial de la renta durante la crisis sanitaria de la mercantil arrendataria de local de negocio dedicado a la producción y venta de sombreros, sin que conste previo requerimiento de pago que permitiera la regularización del pago, a sabiendas de la posición de la arrendataria ante la imposibilidad de acudir a la enervación por haberse ejercitado con anterioridad.

En este sentido, declara SIMÓN MORENO, H. que *«podría defenderse que el desalojo podría provocar un daño o perjuicio que socialmente no es aceptable dado que iría en contra de principios generales e intereses dignos de protección»*.

No se garantiza un plazo mínimo para que el deudor pueda abonar las cantidades impagadas y evitar los perniciosos efectos de la resolución del contrato, contrariamente a los principios de derecho europeo de contratos, que exigen que en caso de retraso se otorgue al deudor un plazo de tiempo «razonable» para el cumplimiento (art. 8.106 de los PECL). Reiteramos que, si bien es cierto que la figura de la enervación parece cumplir esta finalidad, su regulación no otorga la protección suficiente al arrendatario para cumplir esta finalidad.

No se exige que se haya producido un requerimiento previo de pago para dotar de eficacia resolutoria al retraso en el pago, en aras de evitar el ejercicio sorpresivo de la facultad resolutoria.

No se atiende al concepto de incumplimiento esencial del artículo 1124 del Código Civil, pues no se valora por el juez si dicho retraso en el pago tiene la entidad suficiente como para frustrar la finalidad del contrato.

Tampoco se tiene en cuenta si medió voluntad de incumplimiento. Recuérdese que, con base en la doctrina del incumplimiento anticipado anteriormente expuesta, aun cuando dicho retraso en el pago de la renta no frustre la finalidad del contrato, si existe voluntad de incumplir, el arrendador vendrá facultado a exigir la resolución del contrato de forma inmediata, sin tener que otorgar un plazo adicional para su cumplimiento.

Todo lo expuesto evidencia que la procedencia de la eficacia resolutoria del retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas no puede resolverse sin

realizar el pertinente juicio de ponderación en el caso concreto con base en los criterios interpretativos del artículo 1124 del Código Civil.

## V. LOS PRIMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE SE APARTAN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En los últimos años se han dictado varias sentencias de Audiencias Provinciales que consideran excesivamente rigurosa la doctrina del Tribunal Supremo sobre la eficacia resolutoria del retraso en el pago de la renta.

- i) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sec. 4.<sup>a</sup>, núm. 302/2020, de 8 de junio:

Se fundamenta la acción de desahucio en el impago de una sola mensualidad de renta de un arrendamiento de local de negocio sujeto a la LAU 94 de larga duración —17 años— en el que se formula demanda en el mismo mes en que se produce el impago, y se abona la renta debida pocos días después de haberse dado traslado de la demanda, no teniendo dicho pago efectos enervatorios por haberse enervado el desahucio en una ocasión anterior.

No se aprecia que haya voluntad de impago, pues se trató de un descuido, un descubierto puntual en la cuenta bancaria de tan solo días que fue subsanado en cuanto se tuvo conocimiento de ello, mediante el traslado de la demanda, sin que el arrendador hubiera avisado de impago con anterioridad a formular demanda, que hubiere sido lo procedente tras casi veinte años de duración a fin de que hubiera podido dar una explicación de lo sucedido.

Si bien en primera instancia, se desestima la demanda de desahucio por considerar que no hubo propiamente un incumplimiento que merezca tal sanción legal, la Audiencia revoca finalmente la sentencia, y condena al desahucio en aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que es de obligada observancia de los tribunales de justicia, a pesar de manifestar que se trata de una doctrina excesivamente rigurosa en aquellos casos en que se constata que no hay una verdadera voluntad incumplidora, sino un mero descuido o falta de la diligencia debida.

- ii) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 12.<sup>a</sup>, núm. 402/2016, de 27 de octubre:

Se fundamenta la acción de desahucio en el impago del IBI de las últimas cinco anualidades de un arrendamiento de vivienda de renta antigua, en el que se había realizado un requerimiento previo a efectos enervatorios que no fue atendido por el arrendatario. Con posterioridad a la presentación de la demanda, se hace efectiva la totalidad de la cantidad reclamada y, tras los trámites oportunos, se condena al desahucio al arrendatario.

Se revoca la sentencia por la Audiencia por estimar que la conducta de la demandante incurre en mala fe, al haber acumulado la deuda hasta alcanzar una suma, que en relación a la renta, era de gran significación, haciendo dificultoso el pago de forma inmediata como es la de un solo mes que le dio la arrendadora previamente a interponer la demanda, más aún cuando el retraso

en la reclamación de dichos importes se debe a una situación confusa en la que interviene decisivamente la conducta del arrendador, y cuando el demandado si bien no atendió el pago, contestó aceptando la deuda pero solicitando alguna facilidad en el pago, la demandante debió contestar a ello fijando una postura sobre si concedía o no el aplazamiento solicitado en vez de ejercitar la acción de desahucio de forma sorpresiva.

La Audiencia constata que estamos ante un mero retraso, que extraíble de la conducta del inquilino, no hubo voluntad contraria al cumplimiento, en tanto que el arrendatario cumplió tan pronto se despejó la duda de que no se le concedía el aplazamiento solicitado.

Declara que el arrendamiento está sujeto también a las normas generales sobre obligaciones y contratos, en todos aquellos que su ley especial no regule o no lo haga con el detalle necesario.

Que para instar la resolución por falta de pago no basta con la constatación del impago, sino que ha de denotar la voluntad contraria al cumplimiento, en tanto que el desahucio es la máxima sanción al incumplimiento y, por tanto, ha de demostrarse inequívoco.

iii) Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sec. 3.<sup>a</sup>, núm. 323/2021, de 1 de julio:

Se fundamenta la acción de desahucio en el impago de actualizaciones de renta por importe total de 1422,34 € de un arrendamiento de local de negocio sujeto a la LAU 94 de larga duración —de 50 años de duración—, habiéndose venido abonando puntualmente la renta y no habiéndose atendido el requerimiento de pago previo ante la existencia de controversia sobre dicho importe de actualización de renta.

Se reconoce por el arrendatario parte de la cantidad reclamada y se consigna *ad cautelam* la totalidad de la cantidad reclamada.

Se desestima la acción de desahucio por considerar que no es un incumplimiento grave que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1124 del Código Civil, autorice la resolución del contrato de arrendamiento y se condena al pago de una parte de las cantidades reclamadas por importe total de 1.361,02 € más sus intereses legales.

Se confirma por la Audiencia la sentencia desestimatoria de desahucio por impago ya que no puede considerarse que el impago al tiempo de interponerse la demanda justifique en este caso la resolución, no mediando voluntad de incumplimiento de la parte demandada, siendo manifiesta su voluntad de cumplir vinculada a la emisión adecuada de la facturación, ofreciendo una solución clara para atender a la actualización que le era exigible y a la que la parte actora hizo caso omiso y que finalmente se reduce en un importe total de 367,92 € más intereses legales. Pues si no se efectuó el pago de la actualización que la parte demandada reconoce debida desde un principio fue debido a la insistencia de la parte arrendadora en incluir también una reclamación improcedente de atrasos de actualizaciones de renta, emitiendo incluso facturas contradictorias.

Declara que a pesar de que el Tribunal Supremo ha considerado que el retraso en el pago de la renta, aunque se trate de una sola mensualidad, puede dar lugar a la resolución del contrato por falta de pago, ello no significa que todo impago justifique la resolución, pues no puede acordarse la resolución cuando esa situación de retraso o impago al tiempo de ponerse la demanda se deba a

una situación confusa, en la que además interviene de manera decisiva la conducta del arrendador y no se detecta en la parte demandada una voluntad de incumplimiento que justifique la resolución, todo ello en aplicación del artículo 1224 del Código Civil.

- iv) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sec. 3.ª, núm. 516/2021, de 12 de julio:

Como hemos avanzado con anterioridad, el tribunal apreció uso abusivo por antisocial del derecho que asistía a la arrendadora al acudir de manera inmediata al desahucio por impago ante el retraso en el pago parcial de renta y otras cantidades debidas de la mensualidad de abril de 2020 por un importe total de 518 €, esto es, en plena crisis sanitaria de la COVID-19, sin que conste previo requerimiento de pago que permitiera la regularización del pago, a sabiendas de la posición de la arrendataria ante la imposibilidad de acudir a la enervación por haberse ejercitado con anterioridad. En boca del tribunal:

*«Y la conclusión no puede ser otra, asumiendo el criterio de la juzgadora de instancia, que apreciar el uso abusivo por antisocial del derecho que asistía a la arrendadora, pues ni aparecía justificado por la gravedad del incumplimiento de la arrendataria, ni por razones de imperiosa necesidad económica de aquella, y cuando todos los ámbitos de la convivencia social debían regirse por principios de solidaridad en el escenario de excepcional crisis social, de modo que la presentación de la demanda con la precipitación con que lo hizo la demandante no puede considerarse acorde a la definición constitucional del derecho de propiedad, procediendo, en definitiva, la desestimación del recurso».*

## V. LA PROBLEMÁTICA DE ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA Y LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS

Especial tratamiento merece la problemática planteada cuando está en juego la vivienda, al existir en estos casos un bien jurídico —el derecho de vivienda— que merece una protección jurídica de carácter reforzado.

Tras la crisis económica y financiera de 2007, se ha producido un cambio en la concepción social de la vivienda, que se ha comenzado a concebir como un derecho humano, más allá de un activo financiero, motivando que se adopten reformas de calado en nuestro país en aras a combatir de forma eficaz el acuciante problema estructural del acceso a la vivienda.

El derecho de vivienda no solo está reconocido en el artículo 47 de nuestra Constitución, sino que es un derecho de carácter universal que viene reconocido en tratados, declaraciones y convenios internacionales y europeos, bien de forma directa (art. 11.1 del PIDESC, Observación General núm. 7 del Comité DESC de la ONU) o indirecta, en la medida que forma parte nuclear de otros derechos (art. 8 de la CEDH, art. 7 de la CDFUE, art. 25 de la DUDH).

No cabe duda de que el acceso a la vivienda constituye un bien jurídico de especial protección dado su reconocimiento expreso en nuestra Carta Magna. Si bien conforme a su ubicación sistemática, no cabe *a priori* otorgarle el reconocimiento de derecho fundamental, se trata de una cuestión que no es pacífica en la doctrina ni en los tribunales.

Nuestra Constitución en su artículo 47 no reconoce el derecho a una vivienda digna y adecuada como un auténtico derecho subjetivo del ciudadano a exigirla si no se tiene, en tanto que se encuentra regulado en el Capítulo III titulado «*De los principios rectores de la política social y económica*», configurado como un derecho social de configuración legal, un «*mandato o directriz constitucional*» (STC de 20 de julio de 1988), un principio que no genera «*derechos judicialmente actuables*» (STC de 14 de febrero de 1991), que no es susceptible de amparo constitucional (ATC de 20 de julio de 1983). No estamos ante un derecho de carácter subjetivo, sino de carácter meramente prestacional (STS, Sala de lo Contencioso, de 18 de febrero de 2002), cuya satisfacción y contenido depende en buena medida de la acción positiva de los poderes públicos. Conforme a esta tesis, ni si quiera es propiamente un derecho, sino un mero principio programático que debe ser tenido en cuenta por nuestros poderes públicos en las políticas sociales y económicas que se implementen.

Se configura como un principio programático, un mandato a los poderes públicos para que orienten sus políticas a favorecer el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada (STEDH de 18 de enero de 2001; STC 31 de enero de 1984; ATS de 4 de julio de 2006; STC de 28 de febrero de 2019; y STS, Sala de lo Contencioso, de 18 de febrero de 2002).

En todo caso, téngase en cuenta que esta configuración del derecho a la vivienda que hace nuestra Constitución, consistente en un mandato constitucional a los poderes públicos para que favorezcan la protección de este bien jurídico, también va dirigido a los tribunales de justicia, en tanto que poder público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la Constitución.

De hecho, el derecho a la vivienda, como principio rector de la política social y económica, se ha de tener en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales o legales (STC de 5 de mayo de 1992).

Un principio que tampoco es propiamente fuente del derecho, pues no es invocable con carácter horizontal, entre particulares, sino solamente frente a los poderes públicos.

No obstante, durante los últimos años se ha ido imponiendo una tesis que declara que el derecho de la vivienda es un verdadero derecho fundamental, llegándose a calificar la tesis anterior como «*concepción inerte, inane e inconsistente de los derechos fundamentales*» y «*es este un retroceso que, además de apartarse de manera infundada e irrazonable desde una perspectiva jurídico-constitucional de los criterios consolidados en nuestra propia doctrina, es acreedor al calificativo de socialmente preocupante*» en dos votos particulares de la STC, Sala Segunda, núm. 188/2013, de 4 de noviembre. Los principales razonamientos que fundamentan esta tesis son:

En primer lugar, la conexidad con otros derechos que gozan de un reconocimiento formal en nuestra Constitución de derecho fundamental, como son el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1).

En segundo lugar, que aun teniendo en cuenta que nos situamos en el ámbito de aplicación de políticas sociales y económicas, al estar implicado en estos supuestos el derecho a la vivienda junto con el derecho a la no injerencia en el domicilio, el amplio margen de apreciación nacional aparece modulado por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH), ya que este es decisivo para el disfrute efectivo de derechos íntimos; derechos de una importancia crucial para la identidad de la persona, su autodeterminación,

su integridad psíquica y moral, el mantenimiento de sus relaciones sociales y su estabilidad y seguridad en la sociedad. En este sentido, en la medida que la pérdida del hogar es una forma extrema de intervención en el derecho recogido en el artículo 8 CEDH, cualquier persona en riesgo de sufrirla debe tener la garantía de que la medida será proporcionada y razonable, y de que esa proporcionalidad y razonabilidad las valorará un tribunal independiente.

Y, por último, aun cuando se califique el derecho de vivienda en nuestra Carta Magna como principio rector de la política social y económica, no se trata de meras normas sin contenido (STC núm. 19/1982, de 5 de mayo), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 de la Constitución española.

i) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha llegado a reconocer de forma expresa que el derecho de vivienda es un derecho fundamental (sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13):

Cuando está en juego el derecho fundamental y universal de la vivienda, su reforzada protección jurídica exige que se realice la autoridad judicial en todo procedimiento que conlleve el desalojo forzoso de una vivienda (juicio de desahucio, ejecución hipotecaria, etc.) el necesario juicio de proporcionalidad y razonabilidad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y en atención a su normativa tuitiva expresada, entre otras, artículo 31 del Centro para el Estudio del Riesgo Existencial (CSER), artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Observación General número 7 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la ONU, la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad personal y familiar; artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), artículo 8 de la convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH), artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos ellos derechos fundamentales estrechamente conectados con el derecho de vivienda.

Es doctrina consolidada del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) (sentencia de 24 de abril de 2012, *Caso Yordanova y otros contra Bulgaria*; sentencia de 18 de septiembre de 2012, *Buckland contra Reino Unido*; sentencia de 17 de octubre de 2013, *Caso Winterstein y otros contra Francia*; Sentencia de 25 de octubre de 2013, *Rousk c. Suecia*; sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13; sentencia de 13 de agosto de 2008, *Caso McCann contra Reino Unido*, entre otras), ha declarado que cualquier persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener la garantía de que la medida sea proporcionada y razonable.

El TEDH ha declarado que el concepto de «hogar» tiene carácter autónomo (sentencia TEDH de 17 de octubre de 2013, *Caso Winterstein y otros contra Francia*), es decir, se trata de una cuestión de hecho independiente del lugar físico que se trate (por ejemplo, tienen tal condición una caravana (sentencia TEDH de 25 de septiembre de 1996, *Caso Buckley contra Reino Unido*, Apartados 54 y 55) o la habitación de una vivienda (sentencia TEDH de 16 de diciembre de 1997, *Caso Camenzind contra Suiza*, Apartado 35), de la licitud de la ocupación conforme al



derecho nacional (exista o no título legal que la ampare), de la naturaleza jurídica del derecho (por ejemplo, la propiedad o el alquiler) (*Caso Khatun and 180 Other v. The United Kingdom* de 1997), así como de su ocupación efectiva (sentencia TEDH de 29 de mayo de 2012, *Caso Bjedov contra Croacia*).

Por consiguiente, a la hora de determinar si una decisión judicial de desalojo forzoso de una vivienda está debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, debemos indefectiblemente detenernos en lo preceptuado en el artículo 8 CEDH, y en la interpretación que del mismo formula la jurisprudencia del TEDH. Si bien es cierto que el artículo 8 CEDH no reconoce de forma expresa el derecho a una vivienda digna, sino el derecho a la intimidad personal y familiar, la vivienda constituye el espacio necesario para poder desarrollar el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (STC de 29 de mayo de 2001; y STS de 27 de junio de 2006). En este sentido, téngase en cuenta que la inviolabilidad del domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad pero que tiene un contenido autónomo, a la vez que presenta conexiones con el derecho de vivienda (art. 47 CE).

Tal como ha declarado el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 69/1999, de 26 de abril; sentencia núm. 22/1984 de 17 de febrero, sentencia del Pleno núm. 160/1991, de 18 de julio; y sentencia del Pleno núm. 59/1995, de 17 de marzo), el domicilio es relevante para el desarrollo de los derechos fundamentales y se configura como el último reducto de la intimidad personal y familiar, pues lo que se protege no es solo un espacio físico, sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (ATC de 3 de abril de 1989).

De conformidad con la doctrina del TEDH, toda resolución que conlleve el desalojo forzoso del domicilio debe adoptarse por el órgano judicial con una serie de cautelas en tanto que afecta derechos fundamentales del demandado —derecho a la vivienda, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad personal y familiar— que gozan del más elevado rango de protección jurídica.

En resumen, declara el TEDH (sentencia de 24 de abril de 2012, *Caso Yordanova y otros contra Bulgaria* y de 17 de octubre de 2013, *Caso Winterstein y otros contra Francia*) que para que la resolución judicial no sea constitutiva de una injerencia injustificada en los derechos fundamentales del desahuciado, la resolución judicial de condena al desalojo debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Que la medida esté legitimada por ley;
- b) Que la medida cumpla alguno de los fines legítimos previstos en el artículo 8.2 del CEDH: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención del delito, protección de la salud o de la moral, protección de los derechos y libertades de los demás ciudadanos;
- c) Que exista una situación de imperiosa necesidad que justifique la injerencia en los derechos fundamentales. Conforme a la interpretación realizada por la sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1983, *Caso Silver vs. Reino Unido*, dicha «necesidad» no debe entenderse como sinónimo de «indispensable», pero tampoco debe asimilarse a «admisible», «normal», «útil», «razonable», u «oportuno»; y
- d) Que los perjuicios ocasionados sean proporcionales al objetivo que se persigue. Para ello, el juez debe realizar en el caso concreto un juicio de proporcionalidad valorando el interés a proteger, la necesidad social imperiosa que motiva la intervención judicial y el grado de intensidad de la injerencia en los derechos del afectado.

En atención a lo anterior, se deberá valorar en cada caso concreto que los perjuicios ocasionados sean proporcionales al objetivo que se persigue. Para ello, el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad valorando el interés a proteger, la necesidad social imperiosa que motiva la intervención judicial, y el grado de intensidad de la injerencia en los derechos del afectado.

ii) La doctrina jurisprudencial en España

Por lo que respecta a estos principios o juicios de proporcionalidad y razonabilidad, el Tribunal Constitucional ha incorporado y hecho suya la jurisprudencia de los tribunales supranacionales europeos, adoptando el conocido «test alemán de los tres estadios»: control de adecuación, razonabilidad o idoneidad de la medida objeto de examen (relación medio-fin), control de necesidad de la medida enjuiciada, que se traduce en la inexistencia de una medida menos gravosa; y control de ponderación o proporcionalidad atendidas sus consecuencias, esto es, calibrando los intereses en conflicto para comprobar si las ventajas superan los inconvenientes (SSTC 62/1989; 22/1981; 34/1981; 75/193; 108/1994; 55/1996; 207/1996; 66/1995). En palabras del Tribunal Constitucional:

*«Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»* (sentencia núm. 66/1995, Sala Segunda, de 8 de mayo de 1995).

La exigencia de realizar dichos juicios de proporcionalidad y razonabilidad encuentra su fundamento en la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) y en el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Declara ROCA TRÍAS, E., que es a partir de la segunda mitad de los años 90 *«cuando definitivamente cobra forma el test de razonabilidad aplicado al control de motivación de las decisiones judiciales y su derivado, al canon reforzado de razonabilidad para determinadas actuaciones, tanto judiciales como administrativas, que por su directa e intensa incidencia sobre derechos están sujetas a una obligación de motivación más exigente»*.

Declara el Tribunal Constitucional (sentencias núm. 50/1995, de 23 de febrero; núm. 126/1995, de 25 de julio; núm. 69/1999, de 26 de abril; y núm. 188/2013, de 4 de noviembre) que aun cuando la ley habilite al juez para resolver el desalojo forzoso en el caso concreto, ello no es suficiente, ya que en tanto que hay una afectación de derechos fundamentales, el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, ponderando los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados, adoptando las cautelas precisas en cada caso para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo, y motivando debidamente la resolución que dicte en ese sentido. En este sentido, es muy ilustrativo el voto particular de varios magistrados en la sentencia núm. 188/2013, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional:

«La Sentencia constitucional de la que nos apartamos desatiende abierta y sin matización alguna las declaraciones que encierran los pronunciamientos que se vienen de mencionar, en los que el TEDH, valorando la necesidad y proporcionalidad de las medidas de desalojo, sienta una serie de criterios que es dable recoger sintéticamente del modo siguiente: a) que aun teniendo en cuenta que nos situamos en el ámbito de aplicación de políticas sociales y económicas, al estar implicado en estos supuestos el derecho a la vivienda junto con el derecho a la no injerencia en el domicilio, el amplio margen de apreciación nacional aparece modulado por el artículo 8 CEDH, ya que este es decisivo para el disfrute efectivo de derechos íntimos; derechos de una importancia crucial para la identidad de la persona, su autodeterminación, su integridad psíquica y moral, el mantenimiento de sus relaciones sociales y su estabilidad y seguridad en la sociedad; b) que adquiere una gran importancia el análisis del respeto a las salvaguardias de procedimiento disponibles para el individuo, de suerte que deberá examinarse si el proceso de toma de decisiones de las medidas restrictivas de derechos fue equilibrado y suficiente para satisfacer los intereses protegidos por el artículo 8 CEDH; c) que, considerando que la pérdida del hogar es una forma extrema de intervención en el derecho recogido en el artículo 8 CEDH, cualquier persona en riesgo de sufrirla debe tener la garantía de que la medida será proporcionada y razonable, y de que esa proporcionalidad y razonabilidad las valorará un tribunal independiente; d) que este último elemento integra el derecho a que, cuando el demandante haya esgrimido argumentos sobre la proporcionalidad de la intervención en los procesos judiciales internos, los tribunales nacionales procedan a examinarlos en detalle y aportarán razones adecuadas para la estimación o desestimación de tales argumentos; e) que si bien la injerencia del Estado en el derecho a la inviolabilidad del domicilio ex artículo 8 CEDH puede tener una base legal en Derecho interno, es preciso justificar ad casum que es precisa la medida en una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo, por existir una necesidad social imperiosa; f) que en el juicio que corresponde realizar sobre ese particular, resulta obligado valorar diversos factores, entre otros que la recuperación se refiera, en su caso, a terrenos cuya ocupación ha sido tolerada desde tiempo atrás; que existan o no otros medios para resolver el problema; que concorra urgencia, que se atiendan suficientemente las necesidades de las familias afectadas y las consecuencias de su expulsión, señaladamente cuando se trata de situaciones de gran precariedad, y f) finalmente, que los supuestos en los que está en juego una comunidad entera y un asentamiento de larga duración deben ser tratados de forma absolutamente diferente de los asuntos referidos a la expulsión de un individuo de una propiedad que ocupe ilegalmente».

También encuentran cobertura constitucional estos bienes jurídicos en el derecho de tutela judicial efectiva (art. 14 CE) y en el deber de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE), traduciéndose en la exigencia de un deber de motivación de carácter reforzado respecto de las resoluciones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales. Un claro exponente lo encontramos en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 113/2021, de 31 de mayo, que declaró que se había vulnerado el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva al no respetar el requisito de motivación reforzada el auto dictado de ejecución de condena al desalojo de la vivienda de una familia sin título ocupacional, en situación de vulnerabilidad y con varios hijos menores de edad, uno de ellos con discapacidad.

Si bien esta relevante sentencia no fue adoptada por unanimidad de la Sala —cuenta con un voto particular—, sí lo fue la posterior sentencia del Tribunal

Constitucional núm. 161/2021, de 4 de octubre, que resuelve un caso muy similar en idéntico sentido. En este último, se trata de un arrendatario de vivienda en situación de vulnerabilidad económica y con discapacidad cognitiva y que tras ser condenado al desalojo por impago de rentas y no haberse opuesto en el juicio de desahucio, se opone en sede de ejecución alegando el pago de la deuda reclamada y su situación de vulnerabilidad derivada de una enfermedad que afecta a su capacidad cognitiva y de la carencia de ingreso alguno, adjuntando informe médico hospitalario al efecto, dictándose auto desestimando la oposición por motivos formales, en tanto que ninguno de los motivos de oposición esgrimidos relativos a la situación personal del ejecutado tienen encaje en las causas de oposición tasadas del artículo 556 de la LEC, que finalmente es declarado nulo por vulnerar el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del ejecutado (art. 24 CE), condenando el Tribunal de garantías a retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicho auto de ejecución para que pronuncie una nueva resolución judicial respetuosa con dicho derecho fundamental.

En este sentido, debe recordarse que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha condenado en varias ocasiones al Estado español por violación del derecho a la vivienda de ocupantes que fueron lanzados de sus viviendas sin haberse examinado la razonabilidad y proporcionalidad de la medida del desalojo por parte del juez que resolvió el lanzamiento (Dictamen núm. 85/2018; Dictamen núm. 27/2018; y Comunicación núm. 5/2015). En palabras del Comité:

*«(...) para que un desalojo sea procedente debe cumplir los siguientes requisitos. En primer lugar, la limitación ha de estar determinada por ley. En segundo lugar, la limitación debe promover el bienestar general en una sociedad democrática. En tercer lugar, la limitación debe ser necesaria, en el sentido de que si existen varias medidas que puedan razonablemente obtener el fin de la limitación, se debe hacer uso de la medida que menos restringe el derecho. Finalmente, los beneficios logrados por la limitación para promover el bienestar general deben superar los impactos sobre el goce del derecho limitado. Cuánto más serio es el impacto de los derechos protegidos por el Pacto, mayor escrutinio ha de prestársele a la justificación otorgada para tal limitación. La disponibilidad de vivienda alternativa adecuada, las circunstancias personales de los ocupantes y sus dependientes, y su cooperación con las autoridades en la búsqueda de soluciones adaptadas a ellos son también factores cruciales en tal examen. Será inevitable también distinguir entre las propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras o cualquier otra entidad. Por consiguiente, el Estado parte violará el derecho a la vivienda adecuada si estipula que la persona cuyo contrato de arrendamiento se dé por terminado debe ser desalojada de forma inmediata sean cuáles sean las circunstancias bajo las que la orden de desalojo sería ejecutada. Este examen de proporcionalidad de la medida debe ser efectuado por una autoridad judicial u otra autoridad imparcial e independiente con el poder de ordenar el cese de la violación y de proporcionar un remedio efectivo. Esta autoridad debe evaluar si el desalojo se ajusta al Pacto, incluyendo los elementos del examen de proporcionalidad requeridos en el artículo 4 del Pacto tal y como han sido descritos» (Dictamen núm. 85/2018).*

Así pues, si bien de la ubicación sistemática del derecho de vivienda en nuestra Carta Magna, no se colige su consideración de derecho fundamental, es necesario integrar dicha interpretación con la referida doctrina jurisprudencial

del TEDH, que es plenamente vinculante para España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, debiendo pues reconocerse dicho rango supremo de protección por nuestros tribunales internos.

En este sentido, no podemos olvidar que el artículo 10.2 de la Constitución española exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el Título I de la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos tratados y acuerdos internacionales (STC núm. 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5).

Como decíamos, el TEDH (sentencia de 10 de abril de 2012, Caso K.A.B. contra España) ha declarado que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea viene a garantizarnos unos contenidos mínimos en relación con los derechos fundamentales, a partir de los cuales se determinará en el orden interno el contenido asegurado por el derecho propio, sin que, en ningún caso, pueda ser objeto de rebaja ese contenido mínimo.

iii) El vector de oponibilidad del derecho a la vivienda

Una cuestión de gran interés que se suscita en torno a la citada doctrina del TEDH sobre protección del derecho de vivienda es si esta es invocable con carácter horizontal, esto es, en conflictos entre particulares o, por el contrario, como sostiene parte de la doctrina (SIMÓN MORENO, H.), tan solo es aplicable cuando la vivienda ocupada es titularidad de la Administración.

Si bien es cierto, que esta doctrina se ha aplicado tradicionalmente en desahucios administrativos, son varios los casos en que también se ha aplicado esta doctrina siendo la vivienda ocupada titularidad de un particular, como lo es el caso de las últimas sentencia de referencia dictadas por el Tribunal Constitucional sobre la materia (STC, Sala Segunda, núm. 113/2021, de 31 de mayo; y STC núm. 161/2021, de 4 de octubre).

A nuestro juicio, y tal como ya manifestamos en su día esta doctrina es plenamente aplicable a conflictos entre particulares, dado que lo relevante para determinar su aplicación al caso concreto es si la medida limita o no un derecho fundamental con independencia de la condición del ejecutante, si bien sí que será un elemento a tener en cuenta por el juez enjuiciador al realizar el pertinente juicio de razonabilidad. Así lo confirma el TEDH en resolución de medida cautelar suspensiva de lanzamiento de varias familias que ocupaban ilegalmente un edificio titularidad de la Sociedad de Gestión de Activos de la Reestructuración Bancaria, S.A. (en adelante SAREB) en el municipio de Salt (sentencia de 15 de octubre de 2013, *Caso Ceesay Ceesay y Otros contra España*), así como la contundente afirmación de los Excmos. Magistrados del Tribunal Constitucional don Fernando VALDÉS DAL-REY y Doña Adela ASUA BATARRITA en su voto particular en la sentencia del TC núm. 188/2013, de 4 de noviembre:

*«(...) que, considerando que la pérdida del hogar es una forma extrema de intervención en el derecho recogido en el artículo 8 CEDH, cualquier persona en riesgo de sufrirla debe tener la garantía de que la medida será proporcionada y razonable, y de que esa proporcionalidad y razonabilidad las valorará un tribunal independiente».*

Nótese que si bien la ley habilita al juez para declarar si un ocupante ostenta o no título posesorio, dicha cobertura legal es un elemento necesario pero no suficiente en sí mismo para condenarle al desalojo, pues la protección del derecho a la vivienda, a la inviolabilidad del domicilio, y el derecho a la intimidad personal y familiar, no dependen del título posesorio que se ostente sobre la vivienda habitada, motivo por el cual dicha protección debe permanecer, aun cuando decaiga el título ocupacional o ante la falta de título alguno.

El desalojo del hogar familiar, incluso cuándo conforme a la legislación interna se haya agotado el derecho a permanecer con título posesorio, debe realizarse únicamente cuándo se hayan previsto las cautelas previstas para desalojos forzosos, así como la previsión de alojamiento alternativo que no coloque a los ciudadanos en situaciones degradantes como la exclusión social sin techo (STEDH, Caso *Buckland contra Reino Unido*, de 18 septiembre de 2012; y STC, Sala Segunda, núm. 113/2021, de 31 de mayo).

#### iv) Medidas legislativas de protección del derecho a la vivienda

Nuestro legislador también ha tomado nota de esta doctrina jurisprudencial, legalizándola recientemente en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, al exigir que sea el juez (y no el letrado de la Administración de Justicia) quien resuelva sobre la suspensión o no de un desahucio de vivienda, y declarando para ello en su artículo 1bis, que el «*El Juez tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto*».

Si bien es cierto que el Real Decreto Legislativo 11/2020 es una normativa de carácter coyuntural que no modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, el legislador ha dispuesto una reforma estructural de la LEC en idéntico sentido en el Anteproyecto de Ley estatal por el derecho a la vivienda. En este sentido, declara el Preámbulo que « (...) *se amplía el ámbito de protección cuando se identifiquen situaciones de vulnerabilidad, se introducen diferentes mejoras técnicas en la redacción y, de acuerdo con los estándares jurisprudenciales e internacionales, no se establece un sistema de suspensión automática por el Letrado de la Administración de Justicia si se acredita vulnerabilidad, sino un sistema de decisión por el tribunal previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto (...)*».

En aras de fomentar el *affordable housing*, se han alterado en los últimos años estructuras claves de nuestro derecho civil, como son el derecho de propiedad, la hipoteca y los arrendamientos urbanos.

En particular y, sin ánimo exhaustivo, se ha aumentado la protección del consumidor hipotecario mediante la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, así como la del arrendatario de vivienda, mediante la aprobación del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y se ha aprobado un pionero Anteproyecto de ley estatal de vivienda.

Tras más de cinco años de implementación práctica de las medidas de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas para la flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (en adelante, denominada «Ley 4/2013»), que reformó sustancialmente la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos,



ha quedado patente que las mismas no han servido para alcanzar la finalidad pretendida de dinamizar el mercado de alquiler de vivienda, tal como algunos ya presagiaban (QUICIOS MOLINA, S.), no habiéndose producido el pretendido incremento de la oferta arrendaticia de vivienda —en 2013 el mercado del alquiler de vivienda en España representaba el 22,3%, y en 2016 el 22,2%, mientras que la media europea estaba en el año 2016 en el 30,7%—, y por el contrario, dicha reforma sí que ha servido para precarizar el mercado arrendaticio de viviendas, mediante la estandarización de contratos de una duración a todas luces insuficiente para dotar al domicilio familiar de la mínima estabilidad necesaria para garantizar el derecho a la vivienda de los ciudadanos, y ha provocado efectos inflacionarios en el mercado de alquiler de vivienda, imposibilitando de este modo el acceso del ciudadano a la vivienda por la vía del alquiler —el precio de alquiler de vivienda aumentó en España en 2017 un 8,9% mientras que el salario medio anual por persona ha crecido solamente un 0,4%—.

Nótese que España es el país de Europa Occidental con una tasa menor de vivienda en alquiler, con una ridícula tasa de vivienda social de alquiler del 2,5% del total del parque de alquiler, con solamente el 19% de los inquilinos contentos de serlo (ya que si pudieran comprarían), y con rentas inasequibles y más caras que devolver un préstamo hipotecario.

Desde los años 50, el porcentaje de hogares viviendo en alquiler ha ido en constante decrecimiento, pasando del 51% en 1950 al citado 13,1% en 2015 y la reforma liberalizadora de 2013, lejos de dinamizar el mercado de alquiler de vivienda, coadyuvó a que se produjera un aumento de los precios de alquiler en las principales urbes españolas.

Ante una desbocada escalada de precios del alquiler de la vivienda en los años 2017 y 2018, pronto hubo consenso en la sociedad y en el arco parlamentario sobre la necesidad de revertir la reforma legal de la LAU de 2013 (Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas) para que los arrendatarios volvieran a gozar de la protección legal necesaria para garantizar una mínima estabilidad y asequibilidad en el ejercicio del derecho a la vivienda por la vía arrendaticia, lo cual se instrumentó a través de la citada reforma de 2019.

El espíritu de esta reciente reforma fue impulsar nuevas medidas para garantizar la asequibilidad y la estabilidad del inquilino de vivienda en aras de que el arrendamiento se erija en una alternativa al dominio de acceso a la vivienda real y no meramente residual.

Téngase en cuenta que para que el arrendamiento sea una alternativa real al dominio, es preciso que se otorgue la seguridad en la tenencia que precisa el arrendatario para ver satisfecho su derecho a la vivienda. En este sentido, el derecho de vivienda consiste no solo en su vertiente de derecho a «acceder» a una vivienda, sino también, y no menos importante, en el derecho a «permanecer» en ella. Y para ello, es necesario garantizar al arrendatario de un mínimo de estabilidad jurídica, tal como declara el preámbulo del Real Decreto Ley 7/2019, que aleje esta forma onerosa de tenencia, de otras formas como por ejemplo, el comodato o el precario, que no se consideran formas de tenencia adecuadas para satisfacer este derecho:

*«España afronta retos importantes en materia de vivienda que, en la actualidad, se ligan de manera especial a la dificultad del acceso a la misma en régimen de alquiler. La reforma liberalizadora de 2013, además de no dar los resultados esperados en lo relativo al incremento de la oferta de vivienda y la moderación de los precios,*



*ha situado al arrendatario de una vivienda como residencia habitual en una posición de debilidad que no responde a las condiciones mínimas de estabilidad y seguridad con las que se debe dotar al inquilino de una vivienda en posesión de justo título».*

Una de las medidas estrella de la reforma de 2019 para potenciar la estabilidad del arrendatario de vivienda fue la ampliación de la prórroga obligatoria para el arrendador al plazo de cinco años del artículo 9 de la LAU, estableciendo que, si el arrendador es persona jurídica, dicha prórroga se amplía hasta 7 años de duración.

Se amplía también la prórroga legal tácita del artículo 10 de la LAU que pasa a ser, nuevamente, de tres años, como lo era en la dicción legal aplicable anterior a 6 de junio de 2013, prorrogable de año en año a disposición del arrendatario, sea el arrendador persona física o persona jurídica.

La novedad legal consiste no solamente en la ampliación de la duración de esta prórroga legal tácita, sino también, y no menos importante, en la ampliación del plazo de preaviso de las partes para evitar que entre en juego esta prórroga legal que, en el caso de que sea el arrendador quien no quiera prorrogar por más tiempo el contrato, pasa a ser de un mínimo de cuatro meses a la fecha de vencimiento del contrato, todo ello en aras de garantizar que las partes —especialmente el arrendatario— pueda conocer con un mínimo de tiempo razonable cuándo va a finalizar el contrato.

La otra medida estrella de la reforma legal arrendaticia de 2019 en favor de potenciar la estabilidad del arrendatario de vivienda es la dotación de eficacia *erga omnes* de los contratos de arrendamiento de vivienda por el plazo de la prórroga legal del artículo 9 de la LAU.

Para ello, se eliminó el artículo 7.2 de la LAU que establecía un sistema de publicidad registral (art. 32 LH) en materia de arrendamientos urbanos y que friccionaba con la redacción de los artículos 13 y 14 de la LAU que, por el contrario, aludían al tercero hipotecario de buena fe (art. 34 LH).

Se modificó el artículo 13 de la LAU sobre resolución del derecho del arrendador, como es el caso de las ejecuciones hipotecarias y las enajenaciones forzosas en vías de apremio procedentes de embargo de la finca entre otros, de tal forma que el adquirente solamente puede dar por terminado el contrato transcurridos los cinco primeros años de duración si el arrendador era persona física, o los siete años si era persona jurídica, salvo que el contrato de arrendamiento hubiere accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción o anotación de los derechos de los que dimana la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso tampoco se puede dar por terminado transcurrido el plazo de la prórroga legal.

Y que en caso de enajenación voluntaria de la vivienda arrendada (art. 14 de la LAU), el adquirente, aunque sea tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (que no conoce la existencia del arrendamiento), quedará subrogado como arrendador en el contrato de arrendamiento de vivienda durante los cinco o siete primeros años de duración del arrendamiento. Transcurridos estos plazos, podrá el adquirente dar por finalizado el contrato. Pero en este caso el arrendatario podrá reclamar del enajenante (no del adquirente) una indemnización de un mes de renta por año del plazo contractual que quedase por transcurrir.

Si el contrato de arrendamiento de vivienda se concertó por un plazo superior a cinco (caso de arrendador persona física) o de siete (caso de arrendador persona jurídica) años, el adquirente se subrogará por toda la duración pactada si no es tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 de la LH, lo cual es el

supuesto más habitual, ya que en la escritura de venta de la vivienda arrendada debe hacerse constar la existencia del arrendamiento (art. 25 de la LAU).

El tercer supuesto que regula el artículo 14 de la LAU se refiere al caso de que las partes hubieren pactado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento. En este caso el adquirente solamente deberá soportar el arrendamiento el tiempo que en su caso reste para el transcurso de los cinco o siete primeros años de duración.

Así pues, si bien ya no es necesario inscribir el contrato de arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad para que tenga efectos frente a terceros por los primeros cinco años del contrato, o siete años si el arrendador es persona jurídica, será necesario inscribirlo para que tenga eficacia por el resto de tiempo de duración del mismo.

Así pues, dicha reforma de la LAU de 2019 abolió el principio legal de «venta quita renta» del artículo 1571 del Código Civil en sede de arrendamientos de vivienda, en tanto que no estamos ante un arrendamiento sobre bien inmueble, sino ante una vía de acceso del ciudadano a la vivienda, siguiendo el modelo de regulación jurídica de los países del norte de Europa con elevadas y ejemplares tasas de alquiler, como son Alemania, Suiza, y Austria, tal y como venía reclamando la doctrina más autorizada (CARRASCO PERERA, A.; NASARRE AZNAR, S.; LOSCERTALES FUERTES, D.).

En derecho comparado, los países de tradición germana siguen en arrendamientos el criterio de «venta NO quita renta» (*kauf bricht nicht miete*). En este sentido, como indican los tratadistas germanos (VON THUR, A., ENNECERUS-NIPPERDEY) el sucesor solo tiene derecho si existe el del causante, de tal forma que la compraventa de finca arrendada es una adquisición derivativa traslativa por lo que las limitaciones a qué está sometido el derecho del titular original del derecho deben transferirse al derecho del sucesor-comprador.

Téngase en cuenta que, si bien conforme a la tesis clásica el arrendamiento es un derecho personal, parte de la doctrina defiende su condición de derecho real (VALLET DE GOYTISOLO, J.B.), en la medida que tiene elementos propios de los derechos reales, como es la defensa provisional *erga omnes* que la posesión del mismo le otorga y la eficacia legal a la que hemos aludido que le otorgan las leyes especiales (LAU).

Las últimas novedades legales sobre arrendamientos de vivienda vienen motivadas por las externalidades negativas de la crisis sanitaria de la COVID-19, que prevé el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, y el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

A ello, hay que sumarle las novedades legales aprobadas por las comunidades autónomas en materia de vivienda, como es el caso de Cataluña, que ha impulsado en los últimos años una batería de medidas legales que van más allá de la regulación sustantiva sobre derecho de vivienda, regulando normas de carácter procesal amparadas supuestamente en la cobertura constitucional de las necesarias especialidades que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas (art. 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución). En particular, nos referimos a la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética y a la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

La estabilidad, junto a los factores de la asequibilidad y de la flexibilidad, son los principales indicadores a tener en cuenta, desde la perspectiva de los intereses del arrendatario, para evaluar el grado de eficacia de la regulación sobre arrendamientos de vivienda de un Estado. En palabras de MOLINA ROIG, E., «la estabilidad es un elemento que se predica del arrendamiento cuando permita al inquilino residir en la vivienda durante un largo periodo de tiempo sin que se produzcan cambios significativos en el contrato que eviten su continuidad en la vivienda».

Con independencia de la duración del contrato, lo relevante es que el arrendatario pueda estar en la vivienda todo el tiempo que necesite para el desarrollo de su vida íntima y familiar mientras cumpla sus obligaciones.

Dicha estabilidad redundará en la eficacia del acceso a la vivienda por esta vía de tenencia, en la medida que proporciona al ciudadano beneficios integradores en la sociedad.

Para cumplir esta función integradora, el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación general número 4, establece que para garantizar el derecho a la vivienda debe asegurarse una permanencia segura en la vivienda, con una ubicación razonable que permita disponer de los servicios, materiales, facilidades e infraestructuras suficientes, y una adecuación a las necesidades culturales del ciudadano.

Naturalmente, para que se cumplan estos presupuestos es necesario garantizar que el ciudadano pueda disfrutar de estos elementos con cierta estabilidad en el tiempo.

No podemos obviar que la salud de una regulación sobre arrendamientos de vivienda también depende de los intereses del arrendador y que para potenciar la oferta de viviendas en alquiler debe existir un adecuado equilibrio entre ambos intereses en liza, lo cual no es sencillo, tal como evidencian los antecedentes históricos de nuestra regulación, que adolece de un marcado carácter pendular que ha dañado enormemente la seguridad jurídica y, que en parte explica, por qué España es uno de los países con las tasas de alquiler más bajas de Europa.

Entre los intereses del arrendador a proteger es de vital importancia la seguridad en la recuperación de la posesión de la vivienda arrendada cuando finaliza el contrato por cualquier causa. En este sentido, juega un papel fundamental el proceso de desahucio arrendaticio, siendo la herramienta procesal más relevante para dotar al arrendador de la necesaria seguridad jurídica en la recuperación de la posesión de la finca arrendada a la extinción del contrato, bien por impago de rentas u otras cantidades debidas, o bien por vencimiento del contrato.

La importancia de la agilidad en el desahucio por impago de rentas o por expiración de plazo es clave para la estabilidad del mercado del alquiler de vivienda, ya que el grado de eficacia del arrendador para recuperar la posesión de la finca arrendada a la extinción del contrato es un factor de seguridad muy relevante para sus intereses.

Para ello, las reformas legales adoptadas en su día —Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas— iban encaminadas a establecer un proceso de desahucio mucho más ágil, acortando los plazos de los trámites procesales, y erigiéndolo en un proceso sumario, especial y privilegiado, que procede en supuestos tasados y que la parte actora promueve por las siguientes finalidades: la resolución del contrato de arrendamiento y la recuperación de la posesión de la finca cedida en arrendamiento.

Sin embargo, tras casi diez años desde que se implantaron dichas reformas estructurales no se han alcanzado los resultados esperados de reducción de duración de estos procesos especiales.

Si bien, de acuerdo con la regulación procesal el plazo más corto de un proceso de desahucio por impago es de tres meses, en la práctica puede durar hasta un año si el arrendatario se opone y se suspende el proceso por vulnerabilidad del arrendatario, estando la media en el año 2015 en 7 meses de duración.

Podemos afirmar que el problema no es tanto de carácter procedimental como endémico, derivado del deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia, consecuencia, fundamentalmente, de la falta de medios materiales y personales.

Tal como afirma NASARRE AZNAR, S., no es necesario que exista una simetría en la protección de los intereses de ambas partes del contrato, pero sí es necesario buscar cierto atractivo en la tenencia para ambas partes, aunque tengan a menudo intereses contrapuestos.

Esta dificultad de encontrar el equilibrio justo entre los intereses de arrendatario y arrendador reside en la contraposición de dos derechos de protección reforzada, que son el derecho a la vivienda (art. 47 CE, art. 25 DUDH, art. 11.1 PIDESC, art. 34 CDFUE) y el derecho de propiedad privada (art. 33.1 CE, art. 1 del Protocolo CEDH, art. 17 CDFUE), limitado este último por la función social de la propiedad (art. 33.2 CE). Así pues, durante los últimos años son muchas las comunidades autónomas (Cataluña, Andalucía, Navarra, Comunidad Valenciana, Islas Canarias, entre otras) que en ejercicio de sus respectivas competencias en materia de vivienda han aprobado regulaciones amparadas en la función social del derecho de propiedad de tal intensidad que supone incluso una evolución del propio concepto de derecho de propiedad, caracterizado por una relajación de su consideración como derecho individual y la potenciación de su utilidad social, y por su cualidad de la plasticidad o adaptabilidad al objeto sobre el que recae, de modo que su conformación depende del bien sobre el que recae.

El hecho de que estén en juego bienes jurídicos de protección constitucional exige una especial sensibilidad en el tratamiento jurídico de los arrendamientos de vivienda, no solo por parte del legislador, sino también por parte de los tribunales, que deberán atender a los principios de proporcionalidad y razonabilidad para resolver cuestiones tan relevantes como si el retraso en el pago de la renta tiene efectos resolutorios.

#### v) El papel del arrendamiento en la protección del derecho a la vivienda

Si bien es cierto que en los arrendamientos de vivienda no estamos en la mayoría de veces ante una relación de consumo, el arrendatario de vivienda debe gozar de análoga protección al consumidor hipotecario en tanto que está en juego idéntico bien jurídico: el hogar familiar.

En este sentido, no es concebible que haya habido una verdadera revolución en los tribunales provocada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 14 de marzo de 2013 (*Caso Aziz*, Asunto C-415/11) sobre la facultad de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios y no se haya avanzado nada cuando el riesgo de la pérdida del hogar la sufra quien accede a la vivienda por la vía arrendaticia; máxime cuando es imprescindible potenciar la estabilidad de esta tipología de tenencia para que sea una alternativa real de acceso a la vivienda por la vía de la propiedad.

No puede ser que el acceso a la vivienda por la vía del alquiler sea concebido por nuestra sociedad como una estrategia temporal previa al acceso a la vivienda en propiedad, mientras no consiga una estabilidad económica o familiar.

En este sentido, se ha pronunciado SIMÓN MORENO, H., proponiendo una reforma del proceso de desahucio para que se pueda discutir la abusividad de una cláusula contractual en este proceso sumario, de forma análoga a lo dispuesto por la nueva causa de oposición a la ejecución hipotecaria del artículo 695.1.4.ª de la LEC que dispuso la Ley 1/2013 en protección del deudor hipotecario.

El especial canon de proporcionalidad al que deben someterse los tribunales que resuelvan la colisión de bienes jurídicos constitucionales y el posible sacrificio del derecho de vivienda exigen no solamente que la resolución que se dicte esté especialmente motivada, sino que se dote a la regulación del proceso de desahucio disponga de las herramientas jurídicas necesarias para permitir un examen completo y contradictorio, que permita al demandado afectado alegar las cuestiones que considere pertinentes en su defensa (STEDH de 16 de julio de 2009).

Es cierto que nuestra LEC prevé varios supuestos en los que se puede suspender el desahucio, pero tal como ha declarado el TEDH en sentencia de 22 de octubre de 2009, el simple retraso del proceso no es suficiente para dar cumplimiento al citado principio de proporcionalidad. Conforme a la doctrina de este Tribunal, los demandados en un proceso de desahucio deberían poder alegar el impacto del proceso en los derechos regulados en el artículo 8 del CEDH.

Para que la resolución judicial no sea constitutiva de una injerencia injustificada en los derechos fundamentales del arrendatario, deberán respetarse los requisitos que el TEDH ha declarado en las ya citadas sentencias de 24 de abril de 2012 (*Caso Yordonova y otros contra Bulgaria*) y de 17 de octubre de 2013 (*Caso Winterstein y otros contra Francia*).

Nótese que si bien la ley habilita al juez para declarar la extinción del título arrendaticio al constatar el impago de la renta o el vencimiento del contrato, dicha cobertura legal es un elemento necesario pero no suficiente en sí mismo para condenar al desalojo al arrendatario pues la protección del derecho a la vivienda, la inviolabilidad del domicilio, y el derecho a la intimidad personal y familiar, no dependen del título posesorio que se ostente sobre la vivienda habitada, motivo por el cual dicha protección debe permanecer aun cuando decaiga el título arrendaticio.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la sumariedad del proceso de desahucio se ha atemperado, flexibilizando la limitación cognitiva, ampliando para ello los motivos de oposición del demandado, a pesar de que haya pasado prácticamente inadvertida dicha modificación legal por los tribunales.

De entrada, el epígrafe XII de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 mantiene la clásica configuración del juicio de desahucio por falta de pago como un proceso de carácter sumario, en el sentido estricto o técnico-jurídico, de ausencia de cosa juzgada a causa de una limitación de alegaciones y prueba. Así, en el citado apartado se explica:

*«En cuanto al carácter sumario, en sentido técnico-jurídico, de los procesos, la Ley dispone que carezcan de fuerza de cosa juzgada las sentencias que [...] resuelvan sobre el desahucio o recuperación de fincas por falta de pago de la renta o alquiler».*

El artículo 250.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresamente remite al juicio verbal la tramitación de las demandas que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con

fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca. Y, ya en el seno de dicho procedimiento, el artículo 444 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo el título «*Reglas especiales sobre el contenido de la vista*», concretaba los motivos que podían oponerse, en consonancia con el carácter sumario del cauce articulado:

*«1. Cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada solo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación».*

A tal fin, el artículo 440.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecía la necesidad de informar al demandado sobre la posibilidad de enervar la acción de desahucio:

*«En los casos de demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debidas, el tribunal indicará, en su caso, en la citación para la vista, la posibilidad de enervar el desahucio conforme a lo establecido en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley».*

El problema surge a raíz de las sucesivas reformas del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivadas fundamentalmente por el propósito de agilizar los trámites y realizadas sin tener en cuenta una mínima sistemática.

De este modo, tras unas primeras modificaciones por la Ley 23/2003, de 10 de julio, que se limitó a recoger el compromiso del arrendador a condonar la deuda en caso de desalojo voluntario por parte del arrendatario, a modo de allanamiento *sui generis*, y por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, que concentró trámites y redujo plazos, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, animada por el mismo propósito, dio una nueva redacción al apartado 3 del artículo 440, cuyo párrafo primero quedó plasmado en los siguientes términos:

*«En los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, el Letrado de la Administración de Justicia, tras la admisión, y previamente a la vista que se señale, requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante este y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación».*

En consecuencia, desde el momento en que ambas normas, el artículo 440.3, párrafo 1.º y el artículo 444.1, se refieren al mismo procedimiento, esto es, el juicio de desahucio por falta de pago de la renta, siendo la modificación de la primera posterior en el tiempo a la segunda, hemos de entender que implícitamente se ha producido una ampliación de los motivos de oposición que puede

alegar el demandado o, en otras palabras, sin alterar el presupuesto de que nos hallamos ante un proceso sumario (según continúa afirmando el artículo 447.2 LEC), las causas oponibles se han extendido desde la alegación y prueba del pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación, a la alegación y prueba de «*las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación*».

A la vista de lo anterior, podemos concluir que en base al principio *lex posterior derogat priori* contenido en el artículo 2.2 del Código Civil, que en 2011 quedó derogado tácitamente el artículo 444.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los motivos de oposición del juicio de desahucio por impago, siendo de aplicación a partir de dicho momento el nuevo redactado del artículo 440.3, dado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. En este sentido, se ha pronunciado recientemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 1.ª, número 114/2021, de 24 de febrero:

*«Quiere esto decir que, en principio, podrán alegarse, y serán susceptibles de prueba, todas aquellas cuestiones que justifiquen la inexistencia total o parcial de la deuda, siempre con las limitaciones inherentes a la sumariedad del expediente de que se trata y que se traduce en la ausencia de fuerza de cosa juzgada de la resolución que ponga fin al procedimiento».*

A la vista de este distinto tratamiento jurídico mucho más protector con el consumidor hipotecario que con el arrendatario de vivienda, no es casual que en los últimos años se hayan producido muchos más desahucios por impago de rentas que lanzamientos por impago de préstamos hipotecarios.

En este sentido, la exposición de motivos de la Ley catalana 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de personas en riesgo de exclusión residencial, afirma que durante el año 2015 en Cataluña se produjeron más de 15 000 lanzamientos, de los cuales más de 5000 correspondían a ejecuciones hipotecarias y cerca de 10 000 a desahucios por impago.

## VII. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA EVOLUCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, uno de los motivos para formular recurso de casación en el orden civil es que la resolución del recurso presente interés casacional.

Define el apartado 3 del artículo 477 el interés casacional como «*cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido*».

El Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 —que sustituye al Acuerdo de 30 de diciembre de 2011— amplió el concepto de interés casacional para el caso de que aun no existiendo doctrina del Tribunal Supremo a la que se oponga la sentencia objeto de recurso de casación ni tampoco existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la doctrina



jurisprudencial de la Sala ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

Si bien se trata de un nuevo motivo de recurso de casación se aplicará de forma extraordinaria, esto es, solamente cuando a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, considere que su jurisprudencia deba ser modificada.

Para que el Alto Tribunal aprecie este motivo de casación es necesario justificar debidamente el pretendido cambio jurisprudencial interpretativo mediante la cita de varias sentencias de audiencias provinciales que suscriban dicha modificación jurisprudencial y que deberán ser actuales en aras a justificar la novedad o actualidad de los fundamentos de admisión y a los efectos de su ponderación como *communis opinio*, así como estudios de la doctrina científica sobre la materia que evidencien ese sentir mayoritario de la comunidad jurídica que exige el citado Acuerdo de la Sala de lo Civil (AATS, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2020; y de 3 de junio de 2014; de 20 de diciembre de 2017; y STS, Sala de lo Civil núm. 454/2018, de 18 de julio).

En este sentido, no es suficiente con la mera discrepancia con los razonamientos de la sentencia recurrida, la cual es totalmente legítima y puede estar fundada en postulados válidos jurídicamente, ya que no se trata de ajustar la doctrina jurisprudencial a los postulados del recurrente, sino de que dichos postulados sean compartidos por el sentir mayoritario de la comunidad jurídica.

A nuestro juicio, concurre este motivo de interés casacional, en la medida que es necesario modificar la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas (sentencias núm. 137/2014, de 18 de marzo; núm. 180/2014, de 27 de marzo; núm. 755/2008, de 24 de julio; núm. 1219/2008, de 19 de diciembre; núm. 594/2011, de 9 de septiembre; núm. 180/2014, de 27 de marzo; entre otras) relativa a la interpretación del artículo 27.2.a) de la LAU 94 para adaptarla a la evolución de la realidad social y de la común opinión de la comunidad jurídica (FERRER I RIBA, J.; ADÁN DOMÉNECH, F.; MOLINA ROIG, E.; SIMÓN MORENO, H.; entre otros).

Como decíamos con anterioridad, para resolver si el impago de la renta tiene efectos resolutorios, habrá que estar al concepto de «incumplimiento esencial» de la interpretación doctrinal del artículo 1224 del Código Civil, de tal forma que el juez debe valorar en el caso concreto si el retraso en el pago tiene la entidad suficiente como para frustrar la finalidad del contrato.

La procedencia de la eficacia resolutoria del retraso en el pago de la renta y otras cantidades debidas no puede resolverse sin realizar el pertinente juicio de ponderación en el caso concreto con base en los criterios interpretativos expuestos del artículo 1124 del Código Civil integrados por los principios del *soft law* contractual europeo.

La valoración e interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base del negocio, de la causa concreta del mismo o a la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica.

De tal forma que si analizamos la naturaleza de un contrato de arrendamiento —contrato bilateral, de tracto sucesivo y de larga duración— se hace difícil sostener que el mero retraso en el pago de una sola mensualidad de renta sea un incumplimiento que afecte de modo esencial a la economía del contrato, que tenga la suficiente entidad como para frustrar la finalidad del contrato, ya que no deja de satisfacer, aun con reparos, el interés del acreedor.

Más aún cuando debe imponerse una interpretación restrictiva de dicho incumplimiento obligacional en virtud del principio de conservación del negocio jurídico (arts. 1284 y 1289 CC), principio que ha adquirido una especial relevancia en la actual coyuntura de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, cuya aplicación ha evitado una masiva destrucción del tejido comercial y económico español ante una situación generalizada e imprevisible de impagos de renta de muchos negocios.

Así pues, para realizar dicha ponderación, habrá que realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, sin ánimo exhaustivo:

- i) La finalidad del contrato
- ii) La duración de la relación contractual
- iii) La cuantía del impago
- iv) Los conceptos impagados
- v) Si la arrendadora ha cumplido con sus obligaciones contractuales
- vi) Si existe voluntad de incumplir
- vii) Si existía un término esencial en la obligación de pago
- viii) La situación de vulnerabilidad del hogar
- ix) La economía del arrendador

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, F. (2010). *Los juicios verbales en materia arrendaticia*. Barcelona: Ed. Bosch,
- ALIA NOMBELA, T. (1988). *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*. Vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 120.
- ARAMBURU OTAZU, M.(2010). *La resignificación de la tenencia de la vivienda en Cataluña delante de la crisis económica: aproximación a través de grupos de discusión*. Secretaria d'Habitatge i Millora Urbana de la Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) (2013). *Tratado de Contratos*, T. I. (Dir.), 2.<sup>a</sup> edición, Valencia. Tirant lo Blanch.
- (2020). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Séptima edición, Ed. Aranzadi.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). El incumplimiento esencial como categoría y su régimen diferenciado del incumplimiento obligacional resolutorio, *Actualidad Civil* núm. 9, septiembre 2014, p. 922, Tomo 2, Ed. La Ley.
- CARRASCO PERERA, A. (1984). El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, núm. 11, mayo-agosto.
- (2012). Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los Arrendamientos de Viviendas, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 4.
- CASADEVALL, J. (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Ed. Tirant Lo Blanch.
- CASADO ROMÁN, J. (2018). La resolución contractual en el derecho civil español, *Actualidad Civil* núm. 3, marzo. Ed. Wolters Kluwer.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; y MORALES, A.M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Ed. Civitas.

- ENNECERUS-NIPPERDEY (1935). *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, 1935.
- FENOY PICÓN, N. (2005). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2003, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo/agosto.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (Coord.) (2021). El juego del olvidado artículo 29 LAU en el incidente ocupacional del proceso de ejecución, *Revista Justicia* núm. 1.
- (2021). El retraso en el pago de la renta como causa de resolución contractual, *Actualidad Civil* núm. 4, de 1 de abril, Ed. Wolters Kluwer.
- (2020). Riesgos de inconstitucionalidad de la regulación del juicio de desahucio arrendaticio, *Práctica de Tribunales* núm. 143, marzo-abril, Ed. Wolters Kluwer.
- (2021). ¿Cabe la enervación parcial en el juicio de desahucio?, *Actualidad Civil* núm. 3, de 1 de marzo, Ed. Wolters Kluwer.
- (2021). El laberinto jurídico de los juicios de desahucio por impago y su problemática práctica, *Práctica de los Tribunales*. Ed. Wolters Kluwer.
- (2019). El nuevo Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos arrendaticios de derecho sustantivo y procesal. *Revista de Derecho Inmobiliario* núm. 72, marzo, Ed. Francis Lefebvre.
- (2021). La derogación tácita del artículo 444.1 de la LEC. *Diario La Ley* núm. 9879, de 25 de junio. Ed. Wolters Kluwer.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (Coord.) (2019). *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*, Ed. Wolters Kluwer.
- (2019). *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Aranzadi.
- GARCÍA PÉREZ, R. (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*, Pasquau Liaño, M. (Dir.), segunda edición, Ed. Comares, Tomo II.
- HERRANZ CASTILLO, R. (2003). Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución, *Diario La Ley* núm. 5823, Sección Doctrina, 14 de julio, Año XXIV, Ref. D-166, Ed. La Ley.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2018). *Arrendamientos Urbanos Legislación y Comentarios*, Ed. Sepín, décima edición.
- MARTÍN CONTRERAS, L. (2009). El concepto jurisprudencial de «mero retraso» (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo que fija nueva doctrina respecto de la falta de pago de las rentas), *Diario La Ley* núm. 7089, de 9 de enero, Ed. La Ley.
- MESSÍA DE LA CERDA, J.A. La función social de la propiedad de la vivienda y las normas autonómicas, *RCDI* núm. 782, 3417-3465.
- MOLINA ROIG, E. (2018). Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo», Ed. Tirant Lo Blanch, 445.
- NASARRE AZNAR, S. (2020). *Los años de la crisis de la vivienda*, Ed. Tirant Lo Blanch.
- La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda alquiler en un contexto europeo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 747.
- NASARRE AZNAR, S.; KENNA, P.; BENJAMINSEN, L.; BUSCH-GENTSEMA, V.; *Pilot Project- Promoting protection of the right of housing- Homeless prevention in the context of evictions*, de la Comisión Europea, Dirección General de Trabajo, Asuntos Sociales e Inclusión (Ref. VC/2013/0611).
- NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (Dirs.) (2018). *Un nou dret d'arrendaments urbans per a afavorir l'accés a l'habitatge*, Ed. Atelier.

- PICÓ I JUNOY, J. (2017). Lectura positiva del acuerdo de 27 de enero de 2017 del pleno no jurisdiccional de la Sala Primera de Tribunal Supremo, *Diario la Ley* núm. 8942, de 16 de marzo. Ed. Wolters Kluwer.
- QUICIOS MOLINA, A. (2012). La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 8, Ed. Aranzadi.
- ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, A. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, en *Conferencia Trilateral de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*. Roma, octubre.
- SALA I ROCA, C. (2020). El derecho de propiedad y los límites de la función social en el alquiler de viviendas, septiembre, *Cambra de la Propietat Urbana de Barcelona*.
- SIMÓN MORENO, H. (2014). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español, *Revista Teoría y Derecho* núm. 16.
- VON THÜR, A. (1974). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Ed. De palma.