

# **CLAVES PRÁCTICAS**

FRANCIS LEFEBVRE

**Ocupación de bienes  
inmuebles**  
**Aspectos civiles, penales  
y procesales**

Fecha de edición: 12 de julio de 2021

Esta monografía de la Colección  
**CLAVES PRÁCTICAS**  
es una obra editada por iniciativa y bajo  
la coordinación de  
**Francis Lefebvre**

**ALEJANDRO FUENTES-LOJO RIUS**  
*Socio de Fuentes Lojo Abogados. Profesor de Derecho de la UOC.  
Vocal de la Comisión de Codificación de Cataluña*

**EMILIO ZEGRÍ DE OLIVAR**  
*Socio de Zegrí + de Olivar Abogados*

**NOTA.**– Esta obra es fruto de las reflexiones personales de los autores sobre la normativa analizada. Los comentarios y conclusiones que se incluyen no suponen en ningún caso un asesoramiento jurídico directo. En consecuencia, ni la editorial ni los autores aceptarán responsabilidades por las consecuencias ocasionadas a las personas o entidades que actúen o dejen de actuar como consecuencia de las opiniones, interpretaciones e informaciones contenidas en esta obra.

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.  
clientes@lefebvre.es  
www.eff.es  
Precio: 33,28 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-18647-49-9  
Depósito legal: M-22153-2021  
Impreso en España por Printing'94  
Paseo de la Castellana, 93, 2º – 28046 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

## Plan general

	<u>nº marginal</u>
<b>Introducción</b>	
<b>PARTE I. ACCIONES CIVILES</b>	
<b>Capítulo 1.</b> Acciones civiles para combatir la ocupación ilegal de bienes inmuebles .....	110
<b>Capítulo 2.</b> Problemática práctica de la ocupación ilegal de bienes inmuebles en la vía civil.....	1000
<b>Capítulo 3.</b> Formularios .....	2000
<b>PARTE II. ACCIONES PENALES</b>	
<b>Capítulo 4.</b> Acciones penales para combatir la ocupación ilegal de bienes inmuebles .....	3010
<b>Capítulo 5.</b> Problemas que surgen en la práctica procesal penal. Preguntas y respuestas.....	4000
<b>Capítulo 6.</b> Formularios .....	5000
	<u>Página</u>
<b>Bibliografía</b> .....	189
<b>Tabla Alfabética</b> .....	197

## Abreviaturas

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>BOCG</b>	Boletín Oficial de las Cortes Generales
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil (RD 24-7-1889)
<b>CCC</b>	Código Civil de Cataluña
<b>Circ</b>	Circular
<b>Const</b>	Constitución Española
<b>CP</b>	Código Penal (LO 10/1995)
<b>D</b>	Decreto
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>EDJ</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>FCSE</b>	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
<b>FGE</b>	Fiscalía General del Estado
<b>FROB</b>	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (Autoridad de Resolución Ejecutiva)
<b>Instr</b>	Instrucción
<b>L</b>	Ley
<b>LAJ</b>	Letrado de la Administración de Justicia
<b>LAJG</b>	Ley de asistencia jurídica gratuita (L 1/1996)
<b>LAU</b>	Ley de arrendamientos urbanos (L 29/1994)
<b>LAU/64</b>	Ley de arrendamientos urbanos (D 4104/1964)
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
<b>LECr</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD 14-9-1882)
<b>LH</b>	Ley Hipotecaria (D 8-2-1946)
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
<b>LPH</b>	Ley de Propiedad Horizontal (L 49/1960)
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RDL</b>	Real Decreto-ley
<b>RDLeg</b>	Real Decreto Legislativo
<b>Rec</b>	Recurso
<b>SAREB</b>	Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia

## Introducción

Durante los últimos años el movimiento ideológico y reivindicativo de la **ocupación con «K»** ha evolucionado hacia un verdadero negocio especulativo de mafias perfectamente organizadas que aprovechándose de las fallas de nuestro sistema jurídico y de la lentitud del aparato judicial están despojando a los legítimos titulares y poseedores en virtud de cualquier otro título, de sus viviendas y explotándolas mediante la venta de títulos falsos a las personas más vulnerables, las cuales bajo dicha pátina de legalidad confían en que están ocupando la vivienda lícitamente, o a sabiendas de la falsedad de esos títulos, aparentan haber actuado de buena fe para evitar el riesgo de cometer un ilícito penal.

Ante la evidencia de que la justicia no es capaz de dar una respuesta ágil, eficaz, suficientemente precisa y satisfactoria en estos casos, se ha generado en la ciudadanía una gran **desconfianza en el sistema judicial**, y son muchos los propietarios que ven en la acción de la autotutela la única vía posible para solucionar esta problemática.

Esta **problemática socio-económica** que lamentablemente ha adquirido especial virulencia en los últimos años, del fracaso de las políticas adoptadas en materia de vivienda en nuestro país y un problema estructural sobre el acceso a la vivienda, ha obligado al legislador a modificar la ley para mejorar los instrumentos jurídicos existentes para combatirla, como es el caso de la última de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas.

Aun a pesar de esta reciente reforma legal, continúa existiendo una **gran litigiosidad** en nuestros tribunales sobre esta problemática que no está exenta de complejidad técnica. Desborda la tradicional problemática posesoria, afectando también al ámbito del derecho penal y del derecho procesal, siendo pues necesario dominar esta trilogía de disciplinas jurídicas para poder dar un adecuado cauce jurídico a esta problemática por parte del operador jurídico. A mayor abundamiento, estamos ante una problemática muy casuística, en la que el fenómeno de la ocupación se puede materializar en realidades jurídicas muy distintas, cada una de ellas con sus características y peculiaridades, exigiendo un tratamiento jurídico *ad hoc* en cada caso, precisando del jurista una visión omnicompreensiva sobre la problemática.

La problemática de la ocupación ilegal se ha erigido en una verdadera **especialidad jurídica** en la **práctica forense**. Su dinamismo y complejidad técnica demandan del operador jurídico un tratamiento quirúrgico sobre la materia, en el que están presentes bienes jurídicos de vital importancia en nuestra sociedad como el derecho a la vivienda, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho de propiedad privada.

La presente obra jurídica contiene un **análisis exhaustivo** sobre la problemática de la ocupación sin título de bienes inmuebles, desde las perspectivas de derecho sustantivo, tanto en el orden civil como penal, y desde la perspectiva procesal.

Se divide en dos partes: la primera sobre las **acciones civiles** para combatir la ocupación ilegal de bienes inmuebles, y la segunda sobre las **acciones penales**. Cada una de las partes contiene un apartado de problemática práctica con un total de casi 150 preguntas y respuestas.

La finalidad de la obra es dotar al operador jurídico de una herramienta de consulta útil para lidiar en su ejercicio profesional con esta problemática jurídica. Todo ello desde una visión eminentemente práctica, analizando la última jurisprudencia sobre las cuestiones más problemáticas en la actualidad y con referencias a la opinión de la doctrina más acreditada sobre la materia.

<b>PARTE I</b>
Acciones civiles

Capítulo 1. Acciones civiles para combatir la ocupación ilegal de bienes inmuebles	110
Capítulo 2. Problemática práctica de la ocupación ilegal de bienes inmuebles en la vía civil.....	1000
Capítulo 3. Formularios.....	2000

## Capítulo 1. Acciones civiles para combatir la ocupación ilegal de bienes inmuebles

1. Juicio verbal .....	115	<b>110</b>
a. De tutela sumaria de la posesión .....	120	
Modalidad exprés de recuperación inmediata de la vivienda ocupada ..	125	
Modalidad general de tutela sumaria de la posesión .....	180	
b. De desahucio por precario .....	195	
Inexactitud conceptual: problemática doctrinal .....	200	
c. Para la efectividad de los derechos reales inscritos .....	250	
Requisitos de viabilidad y causas de oposición .....	255	
Problemática jurisprudencial .....	275	
2. Acción .....	300	
a. Reivindicatoria .....	305	
b. De cesación de las comunidades de propietarios .....	315	
Requerimiento previo .....	320	
Concepto de actividad molesta .....	355	

### I. Juicio verbal

Se estudian en el siguiente epígrafe los juicios verbales de tutela sumaria de la posesión (nº 120 s.), el de desahucio por precario (nº 195 s.), así como el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (nº 250 s.). **115**

#### a. De tutela sumaria de la posesión

A continuación se analizan dos modalidades: **120**

- una nueva modalidad de recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente (nº 125 s.);
- la modalidad general (nº 180 s.).

#### **Modalidad exprés de recuperación inmediata de la vivienda ocupada** **125**

(LEC art.250.1.4º párrafo 2º) Ante la ineficacia de los instrumentos jurídicos existentes para combatir el preocupante fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas, existía un **consenso en la sociedad civil** sobre la necesidad de reformar la ley que se canalizó a través del Consejo de Ilustres Colegios de la Abogacía de Cataluña (CICAC), que constituyó un **grupo de trabajo** formado por expertos en diferentes disciplinas jurídicas (abogados, letrados de la Administración de justicia, jueces, profesores de universidad, notarios y registradores), que elaboró una propuesta de reforma legislativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil que fue presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Mixto bajo la denominación «Proposición de Ley de modificación de la L. 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por la que se regula un procedimiento específico para garantizar la posesión de viviendas titularidad de propietarios personas físicas y para asegurar a las entidades sociales y a las administraciones públicas la disponibilidad de las viviendas en su haber destinadas a alquiler social» (BOCG 30-I-2017).

Esta proponía la **creación de una nueva figura procesal *ad hoc*** consistente en un juicio verbal de desahucio por ocupación ilegal de vivienda especialmente sumario, con unas medidas cautelares anticipativas *inaudita parte*, que permitieran la recuperación inmediata de la posesión del propietario y de cualquier otro titular de derecho por justo título que fuera persona física, entidad social o administración pública, postergando el trámite procesal de audiencia al demandado a un momento posterior al de entrega de la posesión de la vivienda (Pérez-Daudí, V. y Sánchez-García, J.).

Esta medida cautelar de tipo anticipativo fue objeto de debate parlamentario ya que dada su naturaleza supone una anticipación de la sentencia condenatoria y puede llegar a ser una medida desproporcionada en aquellos casos en que el demandado en el trámite de oposición posterior presenta un título que le legitima para poseer la vivienda ocupada. Al respecto, el Catedrático Vicente Pérez-Daudí alegó en su comparecencia ante la Comisión de Justicia que la discusión sobre la legitimidad de las **medidas anticipativas** ya ha sido superada con ocasión de la entrada en vigor de la LEC, que reconoce la posibilidad de adopción de medidas anticipativas (LEC art.727.7<sup>a</sup>), en virtud del principio de aseguramiento de la efectividad de la sentencia futura que rige nuestro derecho procesal civil (LEC art.721; Pérez-Daudí, V.).

- 130** Durante la tramitación parlamentaria, se discutió acerca de la **idoneidad** de la configuración de unas **medidas cautelares *inaudita parte*** por el **riesgo de indefensión** que podría provocar al demandado y ante el miedo de que la medida terminara provocando un efecto *boomerang* con un aluvión de incidentes de nulidad de actuaciones a resolver por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

La discusión parlamentaria fue más allá del planteamiento sobre si las medidas cautelares debían ser *inaudita parte* o no.

Se discutió sobre si debía crearse **un nuevo proceso *ad hoc*** o era suficiente con mantener el abanico de juicios verbales especiales previstos en la LEC añadiendo solamente alguna especialidad a alguno de ellos para adaptarlo mejor a esta problemática. El Magistrado del Tribunal Supremo de la Sala Primera, Don Ignacio Sancho Gargallo, compareció ante la Comisión de Justicia y se manifestó contrario a la configuración procesal de esta nueva herramienta jurídica contenida en la Propuesta de Ley, proponiendo que en vez de crearse una nueva figura procesal, se articulara mediante el ya previsto **interdicto de recobro de la posesión** de la LEC art.250.1.4<sup>a</sup>, reformando algunos aspectos del mismo para ajustarlo a la problemática de la ocupación ilegal de viviendas. La propuesta del Excelentísimo Magistrado fue acogida por el legislador siendo el texto legal aprobada finalmente por las Cortes, la denominada L 5/2018 de reforma de la L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En idéntico sentido, se pronunció el Catedrático de Derecho Procesal Víctor Moreno Catena en su respectiva comparecencia.

- 135** Debe hacerse referencia también a la «Proposición de Ley de garantía de la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas» (presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, BOCG 06-4-2018). A pesar de que no fue tramitada, es una clara muestra de que la **preocupación política por combatir esta problemática social** es compartida por gran parte del arco parlamentario español. En la Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley se comparte la tesis de la ineficacia de los instrumentos jurídicos vigentes para combatir esta problemática, y la necesidad de reformar la ley.

Esta Proposición de Ley fue más allá que la que fue aprobada por la L 5/2018 en relación a la ocupación ilegal de viviendas, ya que además de proponer una reforma de la LEC, ya que abogó por reformar también el Código Penal, la LECr y la LO 4/2015 (de Protección de la Seguridad Ciudadana). Por lo que respecta, a la reforma del proceso civil para combatir la ocupación ilegal, esta Proposición de Ley era prácticamente idéntica a la que fue presentada por el Grupo Parlamentario Mixto y que finalmente cristalizó en la citada L 5/2018, esto es, la creación de un nuevo proceso de juicio verbal *ad hoc* con unas medidas cautelares anticipativas *inaudita parte* automáticas, pero de mayor alcance, ya que proponía que se extendiera la legitimación activa a todas las personas jurídicas, y no exclusivamente a las Entidades sociales y a las Administraciones públicas.

**Protección de la posesión** La reforma de la LEC operada por la L 5/2018 no ha consistido finalmente en la creación de un proceso *ad hoc* como se pretendía originariamente, sino en la **reforma del proceso de protección posesoria** de la LEC art.250.1.4ª. **140**

Debe hacerse hincapié en que la novedosa herramienta procesal regulada por la L 5/2018 es un proceso que protege estrictamente la posesión, y no el patrimonio inmobiliario, sin perjuicio de que el derecho de posesión provenga de **otros derechos reales** (ej. derecho de propiedad) o **personales** (ej. derecho arrendaticio), a diferencia de otras acciones de recobro de la posesión que protegen el **derecho de propiedad** (ej. acción reivindicatoria) o el **patrimonio inmobiliario** en general (ej. desahucio por precario).

Debido a la especial naturaleza posesoria de esta nueva herramienta procesal adolece de las limitaciones propias e inherentes a este tipo de procesos que la hacen ineficaz para combatir el versátil fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas, pues la problemática que entraña excede con creces del ámbito estrictamente posesorio.

**Especialidad del proceso: naturaleza jurídica** La L 5/2018 consistió en dotar de una **mayor sumariedad al juicio verbal** de interdicto de recobro de la posesión, previendo una medida cautelar *sui generis* por la que se otorga al demandado un plazo de cinco días para aportar el título que legitime su ocupación en la vivienda siempre y cuando el actor solicite en el escrito de demanda la entrega inmediata de la misma (LEC art.437.3 bis), tal como había sugerido en su comparecencia ante la Comisión de Justicia el Catedrático Víctor Moreno Cateña. Si el demandado no aportare en dicho plazo legal el título, o este se estimare insuficiente, el juez debe dictar auto irrecurrible condenando al demandado a la **entrega inmediata de la posesión**; sin perjuicio de que pueda formular oposición a la demanda principal. **145**

**Irrecurribilidad del auto** Es una especialidad de este proceso, ya que de conformidad con lo dispuesto en la LEC art.455, cabe recurso de apelación contra las resoluciones judiciales que tengan carácter definitivo (*Adán Doménech, F.*). **150**

Respecto de la **naturaleza jurídica** de esta pieza cautelar, si bien la LEC art.441.1 bis la califica de incidente, la doctrina se divide entre quienes:

- entienden que se trata de una **medida cautelar sui generis** (*Vélez Toro, A.J., Schumman Barragán, G.*) y
- los que lo califican como **proceso monitorio** (*Garberí Llobregat, J.; López Jara, M.; y Jiménez Paris, J.M.*), siendo inapropiado el concepto de incidente, en la medida que no se corresponde con el concepto de cuestión incidental de la LEC art.387.

Es cierto que el contenido de esta medida de tutela anticipatoria es similar al de las medidas cautelares anticipativas previstas en la LEC art.727.7ª. Su puesta en marcha depende exclusivamente de la **voluntad del demandante** al igual que sucede con las medidas cautelares y a diferencia de lo que sucede con el proceso monitorio.

- 155** Se califica como medida cautelar *sui generis* en la medida que no se exige el ofrecimiento de caución para **responder de los daños y perjuicios** que la ejecución de la medida pudiera causar al demandado (LEC art.728.3), ni tampoco que se acredite la existencia de apariencia de buen derecho y peligro de mora procesal. El hecho de que no se exija en estos casos que se justifiquen por el solicitante de la medida el cumplimiento de los requisitos legales del art.728 de la LEC, no es a mi juicio, motivo suficiente para descartar la naturaleza de medida cautelar de esta medida de tutela judicial anticipatoria. Que no se exija su acreditación por la norma procesal no significa que no deban existir dichos presupuestos jurídicos, estableciendo la norma al efecto una **presunción legal** de su existencia en estos casos, más aún cuando se exige en la LEC art.437.3 bis como requisito de admisibilidad de la demanda la **aportación del título acreditativo** del derecho a poseer para justificar la apariencia de buen derecho. Tal como manifiesta *Schumman Barragán, G.*, estamos ante un **supuesto legal de flexibilización** de los requisitos de adopción de las medidas cautelares.

La citada reforma legal se anticipa a la problemática habitual de la sucesión de ocupantes distintos en la **vivienda de ignorada identidad** que entorpece y dilata la tramitación de estos procesos, previendo en la LEC art.437.3 bis la posibilidad de interponer la demanda contra los ignorados ocupantes cuando se desconozca su identidad, que serán identificados en el momento de notificar mediante el **auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado** si fuere preceptivo, así como dotando al auto de requerimiento de desalojo que se dictare de eficacia directa frente a cualquier ocupante de la vivienda. Conviene recordar que la jurisprudencia en el ámbito civil ya venía considerando ajustado a derecho formular demanda contra los ignorados ocupantes en estos casos (TS civil 13-10-10, EDJ 233312; AP Madrid 13-2-18, EDJ 30749), se ha considerado conveniente legalizar esta doctrina jurisprudencial para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema, tal como sugirió el Excelentísimo Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Sancho Gargallo en su comparecencia ante la Comisión de Justicia.

- 160 Sumariedad** La sumariedad de este proceso también queda reflejada en:
1. La **limitación de las causas de oposición** a la demanda, que solo pueden consistir en:
    - a) la existencia de **título suficiente** para poseer la vivienda ocupada, o
    - b) en la:
      - **falta de título** por parte del actor (LEC art.444.1 bis),
      - **innecesaridad de esperar el plazo** de los 20 días del art.548 de la LEC para solicitar la ejecución de la sentencia condenatoria (*Pérez-Daudí, V. y Sánchez-García, J.*), y
      - **ausencia de cosa juzgada** de la sentencia que ponga fin al procedimiento (LEC art.447.2).
  2. Otro elemento que dota de sumariedad al proceso es la especialidad prevista en la LEC art.444.1 bis consistente en que si el **demandado ni se allana ni contesta**

en el plazo de los diez días se coloca en una situación de rebeldía y se procede de forma inmediata a dictar sentencia, sin celebrar vista.

**PRECISIONES** Conviene hacer mención a la sensibilidad del legislador respecto de esta problemática social destacando la importancia de la **colaboración de los servicios sociales** en estos procesos judiciales, previendo al efecto, que desde un primer momento se les dé traslado para que puedan prestar la asistencia social a aquellos ocupantes que lo necesiten y en aras de evitar que sean lanzados a la calle, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento de los interesados, y debiendo mediar un plazo mínimo de siete días desde la comunicación a los servicios sociales y la fecha de lanzamiento (LEC art.441.1 bis).

**Modalidad general de tutela sumaria de la posesión** (LEC art.250.1.4 párrafo 1º) También conocido como **interdicto de recobro de la posesión**, es un proceso de juicio verbal sumario para proteger la posesión de bienes y derechos (LEC art.250.1.4 párrafo 1º). **180**

Esta acción civil tiene unos **requisitos de procedibilidad** que no permiten dar satisfacción a todas las situaciones de ocupación ilegal en que se puede encontrar el propietario o poseedor legítimo de un inmueble. Son las siguientes:

- a) **Caducidad de un año:** la demanda debe presentarse dentro del plazo del año desde el momento del acto de perturbación pues el CC art.460.4º declara que se pierde la posesión por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.
- b) **Posesión previa:** el demandante tiene que ser el poseedor anterior al acto de despojo del ocupante ilegal, es decir, la víctima del despojo. En este sentido, debe remarcar que también ostenta la condición de poseedor despojado el poseedor mediato, aun cuando la posesión inmediata la ejerciera otro sujeto.
- c) **Autoría del acto de despojo:** el demandado debe ser el autor del acto lesivo, aunque se admite la legitimación pasiva del tercer adquirente de mala fe, y para algunos autores incluso del de buena fe (*González Poveda, P.*).

**PRECISIONES** Estos presupuestos legales también son de aplicación a la modalidad exprés de tutela sumaria de la posesión, en tanto que acción de naturaleza posesoria.

A diferencia de la modalidad exprés de tutela sumaria de la posesión regulada en la L 5/2018, esta modalidad general protege todo el abanico de situaciones posesorias, y no solamente la posesión con título, de conformidad con lo dispuesto en el CC art.446. De tal forma, que se protege también la **posesión de hecho o la posesión natural**. **185**

Su **ámbito objetivo** también se extiende a cualquier tipo de bien o derecho, y no solamente a viviendas.

Por lo que respecta a su **ámbito subjetivo**, no existe tampoco limitación alguna, estando plenamente facultadas las personas jurídicas para ejercer esta acción judicial.

## **b. De desahucio por precario**

(LEC art.250.1.2ª)

Es un juicio verbal previsto para cuando el ocupante es un precarista, con el que había una **relación previa con el propietario o poseedor legítimo** en virtud de la **195**

cual se le autorizaba el uso de forma temporal o, al menos, se toleraba dicho uso y, por tanto, no se ha producido un despojo de la posesión (LEC art.250.1.2ª).

Se trata de una situación de hecho que implica la **utilización gratuita de un bien ajeno**, cuya posesión jurídica no le corresponde, aunque estemos en la tenencia del mismo y por tanto sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho (TS civil 6-11-08, EDJ 209689).

**200 Inexactitud conceptual: problemática doctrinal** Aun cuando es mayoritaria la doctrina jurisprudencial que ha venido admitiendo que se utilice este cauce procesal en casos de ocupación contra la voluntad del propietario o su poseedor legítimo (TS civil 28-2-17, EDJ 12277 y 30-6-09, EDJ 134669; AP Tarragona 13-3-18, EDJ 27669; AP Barcelona 13-3-18, EDJ 33105), este cauce legal plantea un **problema de inexactitud conceptual** y existe el riesgo de que la demanda sea inadmitida a trámite por esta razón, más aun después de que el legislador se hiciera eco de ello en el Preámbulo de la L 5/2018 («el cauce conocido como «desahucio por precario» plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida»):

**205**

«Esta sala ha definido el precario como "una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho" (sentencias 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, de 1 de octubre)».

(TS civil 28-2-17, EDJ 12277)

210

«Esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona se adhiere a la tesis que postula un ámbito amplio del juicio regulado en el artículo 250.1.2º LEC, acorde con el sentido amplio dado al precario, ya que como señala la AP Barcelona 20-9-12, "Lo cierto es que la expresión ceder no tiene un sentido unívoco, como veremos seguidamente, y así la frase del art.250 LEC cobra un significado más flexible y coherente con la interpretación jurídica al uso del concepto de precario.— La sentencia TS 29-2-00 señala en relación con el concepto de precario que 'Se permite ejercitar el juicio de desahucio por precario "contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced..."'. Esta orientación jurisprudencial se ve, sin embargo, cuestionada por la nueva referencia al precario en la LEC 2000, cuando se refiere a la finca 'cedida en precario', siendo numerosas las sentencias que entiende que se ha producido una reducción del juicio por precario al identificarse este como acto de liberalidad del propietario, excluyendo otras situaciones de desconocimiento de la posesión, de mera tolerancia o incluso de abierta oposición del propietario. En este sentido se pronuncian las AP Sta.Cruz de Tenerife 2-10-06; Valencia 13-6-06; Baleares 30-3-06; Madrid 7-2-05 ó Badajoz 18-2-04.— En sentido contrario, es decir, conservando el alcance que la jurisprudencia había venido dando al precario, se pronuncian otras Audiencias como la de Murcia en sentencia 14.6.06 y este mismo tribunal en sentencia de 29-3-05. En esta sentencia (Rollo 634/04) decíamos en relación con el tema que nos ocupa que "... Tal atribución procedimental, sin embargo, no es correcta, dicen los demandados, porque el precepto indicado solo señala que se seguirá a través del juicio verbal la acción que pretenda la recuperación de la plena posesión de una finca 'cedida' en precario. Y en este caso, dicen, la finca no fue cedida por el propietario sino que según se desprende de la misma demanda los demandados la ocuparon sin contar con la voluntad de la propiedad, caso que quedaría fuera de la especialidad del art.250.1.2º LEC, debiendo regirse por el procedimiento adecuado a su cuantía.— El argumento, ciertamente fruto de un detenido y elogiable estudio de la norma, no puede, sin embargo, mantenerse, y ello tanto desde un punto de vista estrictamente gramatical como desde una perspectiva jurídica. En el primer plano, basta acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para darse cuenta de que el término 'ceder', junto al significado quizás más habitual y utilizado por el apelado en su razonamiento (dar, transferir, traspasar a alguien una cosa, acción o derecho) tiene un segundo sentido que deja sin efecto tal razonamiento (ceder = perder tiempo, espacio, posición, etc. a favor de un rival; ejemplo: el ciclista cedió seis minutos respecto del líder). Gramaticalmente, pues, no es defendible la tesis del apelante, como tampoco lo es desde una perspectiva jurídico semántica.— En efecto, es la propia Exposición de Motivos de la LEC, de carácter no vinculante, pero sí ilustrativa a la hora de interpretar la norma, la que al establecer la naturaleza de determinados tipos de proceso señala que la experiencia 'aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad'. Implícitamente el texto se está refiriendo a cualquier caso en que la acción descanse en esa situación de precariedad, reconociendo que la misma tiene diversas fuentes (pacto, usurpación, conversión por transcurso del tiempo, etc.) y estableciendo un régimen unitario para todas ellas».

(AP Tarragona 13-3-18, EDJ 27669)

215

«Ciertamente el art.250.1.2 LEC utiliza la expresión "cedida en precario" y también es cierto que existe jurisprudencia contradictoria al respecto:

(1) Mientras para algunas AA PP (minoritarias) el concepto de precario se ha restringido con la nueva LEC, de tal manera que solo es encuadrable en este concepto si se ha "cedido" la posesión, es decir, si existe una relación entre las partes; esta postura comporta que, en caso de no existir esta, prosperaría la "inadecuación del procedimiento", lo que supondría tanto como que el actor hubiera de acudir a otras vías procesales como las de tutela sumaria de la posesión (art.250.1.4º –interdicto– y 250.1.7º –art.41 LH–) o incluso al procedimiento ordinario –reivindicatoria–.

**215**

(sigue)

(2) Otras (mayoría) mantienen el concepto amplio antedicho de precario, estableciendo la legitimación pasiva del demandado siempre que se trate de una "posesión material carente de título y sin pago de merced" (ausencia de título). La doctrina rechaza ese concepto estricto diciendo que no ha de modificarse la conceptualización ya existente por vía jurisprudencial del precario, ni ha de otorgarse a la expresión "cedida en precario" mayor extensión que la de ser una simple utilización del lenguaje sin mayores pretensiones que las de indicar que el procedimiento va dirigido a sustanciar las pretensiones de desahucio por precario. Este tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que «el concepto de precario debe considerarse que se mantiene en la actual LEC, siendo determinante para la procedencia de la acción ejercitada y la adecuación del procedimiento planteado por el actor la concurrencia de los requisitos para que se dé una situación de "precario" en los términos indicados, sin que quepa una interpretación literal del término "cedidos" que se utiliza en el punto segundo del art.250.1 LEC 2000», y es lo cierto que no parece que la voluntad del legislador fuera encaminada a marcar diferencias entre las diversas génesis de la situación de precario (en este sentido, se pronuncian las sentencias de la Sección 4ª de fechas 13-2-09, 8-3-13, 21-6-13, 23-7-13, entre otras y de esta Sección 13ª de 13-7-04, 8-3-13 o 4-7-13).

Por otra parte, el Tribunal Supremo en sentencias mantenía el concepto amplio de precario (TS 30-6-09 define el concepto de "precario en sentido amplio, como omnicompreensivo de las situaciones de posesión tolerada o sin título, y de las en que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución"), si bien no puede obviarse que resolvía, en la mayoría de los casos, sobre litigios planteados al amparo de la antigua LEC 1881. Ahora bien, la sentencia del TS 11-11-10 señala por su parte: "El art.250 de la LEC de 2000 establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca. Como dice la STS de 6 de noviembre 2008, se trata de una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, aunque estemos en la tenencia del mismo y por tanto sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho; supuestos suficientemente amplios para reconducir hacia el juicio de desahucio lo que aquí se plantea con relación a la posesión de una casa sin título o con título absolutamente ineficaz para destruir el de los actores y sin otra razón que la simple tolerancia de este último, evitando que la complejidad de la materia litigiosa, tan frecuente en la solución de los Tribunales en la anterior normativa, remita a las partes al juicio declarativo correspondiente, impidiendo constatar a través de un juicio apto para ello lo que constituye el fundamento de la situación de precario". Ciertamente, en este caso, el núcleo de la discusión no residía en la expresión "cedida en precario", pero, a pesar de contemplar y aplicar el art.250.1.2 parte del concepto "tradicional" de precario. En este sentido, también la TS 13-10-10.

En conclusión, se mantiene en el art.250.1.2 el concepto amplio de precario, entendido como cualquier posesión "sin" título, ello comprende la posesión "sin" la voluntad y "contra" la voluntad del poseedor real (por lo que nada se opone a seguir un juicio de precario contra "okupas").

En definitiva, indiscutida en esta segunda instancia la propiedad de la entidad actora y no habiendo acreditado la demandada que ostente un título que la legitime para la ocupación de la finca, ha de concluirse que la misma la ocupa en precario, procediendo, con desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento invocada, la estimación de la demanda, y consecuentemente, como se ha adelantado, la confirmación de la sentencia».

(AP Barcelona 13-3-18, EDJ 33105)

En todo caso, conviene tener en cuenta que algunos tribunales han mantenido una **interpretación estricta** del término (AP Baleares 17-1-07, EDJ 13726; AP Madrid 25-6-08, EDJ 140264; AP Sta. Cruz de Tenerife 23-7-04, EDJ 140881 y AP A Coruña 30-7-08, EDJ 205989):

«La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, al regular el juicio verbal como un procedimiento especial por razón de la materia –art.250.1.2 –, recoge un concepto de precario más reducido, en el sentido de que el precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, por lo que en contraposición con la regulación anterior que permitía la amplitud en el concepto de precario hasta llegar a la definición antes expuesta, la nueva regulación introduce el término de "cedida en precario", mucho más preciso que el anterior, de manera que da idea de una relación entre las partes, por las que una cede a otra el inmueble a título gratuito y a su ruego, lo que conlleva que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al antiguo concepto de precario según la definición del Digesto, constituido por la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente. Consecuencia de lo expuesto es que solo puede solicitarse el reintegro de la posesión cuando el inmueble haya sido cedido en esas condiciones por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que el referido juicio pueda ser cauce adecuado para resolver todas aquellas situaciones en las que conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que se podía incluir dentro del concepto de precario.

Dicho de otro modo, la LEC actual ha establecido un procedimiento verbal para la recuperación de la posesión en los casos de precario en el sentido restringido expuesto, de manera que el procedimiento verbal es adecuado para resolver aquellas cuestiones meramente posesorias, disponiendo que para ello utilizarán todos los medios de prueba recogidos por la ley procesal, desapareciendo la antigua restricción y no estando el juicio de precario entre los recogidos en el art.447 como aquellos que no producen cosa juzgada».

(AP Baleares 17-1-07, EDJ 13726)

225

«Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero en su exposición de motivos viene a señalar la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad, configurando por lo tanto el juicio de desahucio en precario no ya como un juicio sumario, sino un juicio plenario, que el mismo produce el efecto de cosa juzgada, si bien el juicio verbal de desahucio en precario regulado en el art.250.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se configura como un juicio especial por razón de la materia, cuyo objeto es resolver sobre la recuperación de la posesión cedida en precario por el propietario o por cualquier persona con derecho a poseerla.

Con relación al ámbito del juicio de desahucio en precario como señala la Sentencia de esta Audiencia Provincial Sección 12 de 7-3-2006, siguiendo el criterio recogido entre otras en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23 de julio de 2004, consecuencia de la nueva regulación legal implica un distinto concepto del precario más reducido, en el sentido de que el citado precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, de manera que en contraposición a la regulación anterior, la actual introduce el término "cedida en precario", mucho más reducido y preciso, lo que sugiere la idea de una relación entre las partes por la que una ha cedido a la otra el uso del inmueble a título gratuito y a su ruego, conllevando que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al concepto clásico del precario. Consecuencia de ello es que solo puede solicitarse el reintegro de la posesión por medio del procedimiento establecido en el art.250.1.2 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil cuando el inmueble haya sido cedido en esas condiciones por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que, el referido juicio, puede ser cauce adecuado para resolver todas aquellas situaciones, en las que, conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que podían ser incluidas en el concepto de precario. Dicho de otro modo, la Ley de Enjuiciamiento Civil actual ha establecido un procedimiento verbal, para la recuperación de la posesión en los casos de precario en el sentido expuesto, de manera que este procedimiento es el adecuado para resolver aquellas cuestiones meramente posesorias en las que esa posesión haya sido cedida a título gratuito, pudiendo utilizarse al efecto todos los medios de prueba recogidos en la Ley procesal, pues desaparece la antigua restricción en tal sentido. Por lo que, en definitiva, de acuerdo con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, no cabe hablar de cuestión compleja sino de inadecuación de procedimiento. Análoga tesis se sigue en AP Las Palmas 24-3-06, AP Asturias 7-6-04, AP Almería 3-9-03. Si bien tal criterio debe llevar que en el ámbito del juicio de desahucio se deba resolver no si existe o no una cuestión compleja, pero si el examen de la falta de validez o inexistencia de título por parte del ocupante, dado que no basta que se alegue la existencia de un contrato de arrendamiento o cualquier otro título jurídico distinto al mero precario que legitime la posesión, o al menos que justifique prima facie la posesión».

(AP Madrid 25-6-08, EDJ I 40264)

- 230** Con posterioridad a la entrada en vigor de la L 5/2018, la posición mayoritaria en los tribunales es que el **desahucio por precario** no es inadecuado en estos casos debiendo primar la interpretación amplia del concepto de precario (AP Barcelona 9-6-20, EDJ 594808; 22-6-20, EDJ 669483, entre otras):

«3. Es cierto que, al respecto, pueden surgir nuevas dudas sobre esta materia después de que la Ley 5/2018 de 11 de junio de modificación de la LEC, que crea a favor de las personas físicas un procedimiento interdictal de recuperación inmediata del inmueble, manifieste en su Exposición de Motivos que "El cauce conocido como desahucio por precario" plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante".