

LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA RECUPERAR LA
POSESIÓN DE INMUEBLES OCUPADOS

*CIVIL PROCEDURES TO RECOVER POSSESSION OF OCCUPIED
PROPERTIES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 314-365



Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de abril de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: En el presente artículo se analizan los diferentes procedimientos civiles de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pueden ser utilizados para la recuperación de los inmuebles ocupados ilegalmente: el desahucio por precario, los interdictos para recobrar la posesión y el procedimiento para la tutela de los derechos reales inscritos. Se dedica una especial atención al nuevo procedimiento de recuperación rápida de la posesión que ha sido creado por la Ley 5/2018 modificando el clásico interdicto para recobrar la posesión.

PALABRAS CLAVE: Incidente de recuperar la posesión; ocupación ilegal; okupa; titular legítimo; viviendas; procedimiento civil; procedimiento para recuperar la posesión; interdicto de recobrar; desahucio por precario; derechos reales; Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyse the different civil process of the Civil Procedure Law that can be used for the recovery of illegally occupied properties: eviction for precarious, injunction to recover possession and action action for the protection of registered property rights. Special attention is paid to the new procedure of rapid recovery of possession that has been created by Law 5/2018 amending the classic injunction to regain possession.*

KEY WORDS: *Incident delivers immediate possession; illegal occupation; squatter; legitimate holder; housing, civil proceeding; process to recover possession; injunction to recover possession; eviction for precarious; property rights; Property Registry.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. La respuesta legal frente a la ocupación de inmuebles.- 2. Los procedimientos civiles para el desalojo de los “okupas”.- II. EL DESAHUCIO POR PRECARIO.- 1. El concepto de precario.- 2. Las ventajas del desahucio por precario.- 3. Los requisitos para el ejercicio de la acción de desahucio por precario.- 4. Las causas de oposición al desahucio por precario.- III. LA ACCIÓN DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN.- 1. El concepto de acciones para la tutela sumaria de la posesión.- 2. Requisitos para el ejercicio de las acciones para la tutela sumaria de la posesión.- 3. Ventajas y desventajas de las acciones interdictales.- IV. EL DESALOJO EXPRES PARA LA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS.- 1. La necesidad de un procedimiento recuperatorio rápido.- 2. Restricciones de uso del nuevo procedimiento.- 3. La olvidada comunidad de propietarios de propiedad horizontal.- 4. Requisitos para de la demanda y para el ejercicio de la acción.- 5. Mecanismos para la reducción del tiempo de desalojo.- 6. El llamamiento a los servicios sociales.- 7. Críticas al nuevo cauce legal.- V. EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE LOS TITULARES CON DERECHOS REALES INSCRITOS.- 1. La acción real del art. 41 LH.- 2. Requisitos para la demanda y para el ejercicio de la acción real.- 3. Las causas de oposición a la acción real.- 4. Las ventajas del procedimiento ex art. 41 LH.- VI. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

I. La respuesta legal frente a la ocupación de inmuebles.

Este trabajo tiene por objeto el análisis de los diferentes procedimientos que desde el Derecho civil permiten la recuperación de los inmuebles ocupados. La ocupación de inmuebles consiste en tomar un edificio, local, vivienda o un solar o un campo deshabitados o abandonados e instalarse en ellos sin el consentimiento de sus propietarios. La repuesta del ordenamiento jurídico frente a este problema es amplia y abarca desde el ámbito penal al civil pasando asimismo por el administrativo. Las ocupaciones de inmuebles en el ámbito civil, a diferencia de algunas de las contempladas en el Código penal, consisten en la entrada y permanencia en un inmueble ajeno sin consentimiento del propietario o de quien tenga cualquier derecho que lleve aparejada la posesión sobre el inmueble. El Código penal castiga las ocupaciones de viviendas que constituyen morada mediante el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP. También castiga las ocupaciones no autorizadas que son constitutivas del delito de usurpación de inmuebles (que no constituyen morada) del art. 245 CP que a su vez se desdobra en dos supuestos. En el apartado 1º del citado precepto se regula el delito de usurpación violenta de inmuebles. En el apartado 2º segundo se regula el delito de usurpación pacíficas de inmuebles. En el caso de las ocupaciones pacíficas de inmuebles que no tengan la condición de morada la aplicación del art. 245.2 Código Penal es harto compleja por existir posiciones jurisprudenciales y doctrinales enfrentadas respecto a si este

• Federico Arnau Moya

Profesor Contratado Doctor Derecho civil de la Universitat Jaume I de Castellón (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es.

precepto se tiene que aplicar en todo tipo de ocupaciones y si por el contrario solamente se tiene que aplicar en los casos más graves. En cualquier caso, la respuesta a esta cuestión excede el objetivo de este trabajo que únicamente se va a centrar en los procedimientos civiles para la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados ilegalmente.

Como una alternativa a la vía penal para la recuperación de viviendas ocupadas se ha creado un nuevo procedimiento para la recuperación inmediata de viviendas ilegalmente ocupadas con publicación 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. Esta ley, como se analizará más adelante, ha conseguido reducir los tiempos para la recuperación de las viviendas ilegalmente ocupadas introduciendo reformas en el procedimiento de tutela sumaria de la posesión, los conocidos antiguos interdictos. Este nuevo texto legal conocido como “ley anti-okupas” o “ley anti-okupación” se ha publicado en un momento en el que hay una gran sensibilidad por el problema de la ocupación en nuestro país. En el preámbulo de la ley se destaca la existencia de un problema de delincuencia organizada que buscan inmuebles donde dedicarse a toda una serie de actividades ilícitas, como el tráfico de drogas, como sucede con los conocidos como “narcopisos” de las grandes ciudades. Incluso se puede hablar de mafias y profesionales de la “okupación” que se dedican a propiciar la ocupación para exigir rescates a los propietarios de los inmuebles ocupados para dejarlos libres¹. A este primer grupo de le ha denominado “ocupa con animus delictivo”. En segundo lugar, estarían quienes ocupan inmuebles por convicciones personales o motivaciones políticas como el movimiento “okupa. Finalmente, estarían las personas sin recursos, verdaderamente necesitados de vivienda y, en consecuencia, son acreedores de medidas sociales que les garanticen el derecho a una vivienda digna, establece y legal². La crónica falta de vivienda social y de alquileres baratos en nuestro país ha dejado mucha de estas personas ante la tesitura de “okupar” (o continuar ocupando) o vivir en la calle. En realidad, en este caso de okupas la ocupación

-
- 1 En la Exposición de Motivos de la Ley 5/2018 se dice que “han aparecido también fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa, que, aprovechando de forma muy reprochable la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, se han amparado en la alta sensibilidad social sobre su problema para disfrazar actuaciones ilegales por motivaciones diversas, pocas veces respondiendo a la extrema necesidad. Incluso, se han llegado a ocupar ilegalmente viviendas de alquiler social de personas en situación económica muy precaria o propiedad de ancianos con pocos recursos y para abandonarlas se les ha exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato, o se ha extorsionado al propietario o poseedor legítimo de la vivienda para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda de su propiedad o que legítimamente venía poseyendo.(...) Están identificadas verdaderas actuaciones organizadas, muy lucrativas y de carácter mafioso, que perturban y privan de la posesión de viviendas a las personas físicas a las que legítimamente corresponde, o dificultan e imposibilitan la gestión de aquellas viviendas en manos de organizaciones sociales sin ánimo de lucro y de entidades vinculadas a Administraciones públicas, que están dedicadas a fines sociales en beneficio de familias en situación de vulnerabilidad, pero que su ocupación ilegal impide que puedan ser adjudicadas a aquellas personas o familias a las que correspondería”.
 - 2 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de 'okupas'”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 5. Desahucios y arrendamientos, mayo 2019, p. 60.

no es sino una muestra del fracaso de las administraciones públicas a la hora de proporcionar vivienda social suficiente.

En la problemática de la ocupación confluyen por una parte del derecho a la propiedad privada contemplado por el art. 33 de la Constitución Española y por la otra el derecho de las personas a disfrutar de una vivienda digna establecido en el art. 47 CE. Este derecho a la vivienda digna ha sido invocado en numerosas ocasiones por los ocupantes ilegales de vivienda para evitar el desahucio, sin embargo, la jurisprudencia ha estimado que el mandato del art. 47 CE no impone a los poderes públicos el deber de proporcionar directa y físicamente una vivienda³. En todo caso el citado precepto constituye un principio rector de las política social y económica y un explícito mandato a los poderes públicos para hacer efectivo el derecho con los deberes de promover y regular que se contienen en el citado precepto⁴.

2. Los procedimientos civiles para el desalojo de los “okupas”.

La persona física o jurídica que se ha visto privada de la posesión de un inmueble como consecuencia de una ocupación incontestada lo que pretende es su recuperación en el tiempo lo más breve posible. La vía penal es la más efectiva para la recuperación en los casos de allanamientos de morada (art. 202 CP) o en las usurpaciones de inmuebles con violencia o intimidación (art. 245.I CP) puesto que al tratarse de delitos menos graves es posible que con la intervención policial pueda conseguirse el inmediato desalojo de los okupas. La cuestión como ya hemos avanzado se complica con las ocupaciones pacíficas de inmuebles puesto que la jurisprudencia es vacilante respecto la aplicación del art. 245.2 CP. Como quiera que su reproche penal es escaso la utilización de esta vía no produce efecto disuasorio alguno, de manera que quien sufre la ocupación -como ya hemos dicho- persigue la restitución en el menor tiempo posible.

3 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018. Disponible en: <https://insignia.aranzadidigital.es/> (consultado el 3-04-2021), señala que el derecho a la vivienda no se encuentra regulado entre los derechos fundamentales de la Constitución (CE) -Título I, Capítulo II, art. 14 y Sección primera, De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, arts. 15 a 29 CE-, derechos cuya infracción supone la ilicitud de la prueba y que deben ser desarrollados a través de Ley orgánica. Derechos cuya violación podrá ser protegida a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por el contrario, el derecho a la propiedad privada está establecido en el art. 33, donde también se menciona su función social, mientras que el derecho a la vivienda se encuentra, como principio informador de la actuación de las Administraciones públicas, en el art. 47 CE. Ambos preceptos están situados fuera del primer bloque constitucionalidad de derechos fuertes y nucleares, dotados de una especial protección. El derecho a la propiedad privada se encuentra incluido en el segundo bloque de constitucionalidad, arts. 30 a 38 CE, mientras que el derecho a la vivienda, lo está en el tercer bloque, arts. 39 a 52 CE. Ambos derechos tienen menor entidad que los del primer bloque, y por ello el Estado no asegura a los ciudadanos su pleno disfrute.

4 Así se ha repetido por las SSAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731), Barcelona (Sec.13ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373), SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y SAP Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) entre muchas otras.

En el ámbito civil existen diferentes procedimientos para la recuperación de la posesión en el art. 250.I LEC. Todos estos mecanismos tienen su fundamento sustantivo en los arts. 441 y 446 CC donde se establece la posibilidad de acudir a los tribunales para proteger la posesión⁵.

La mayoría de los procedimientos recuperatorios de la posesión se resuelven a través del juicio verbal. En el art. 250.I LEC se encuentran regulados toda una serie de procedimientos materialmente especiales para la protección de la posesión y de la propiedad⁶. Entre estos, los que se utilizan contra los ocupantes sin título son los siguientes⁷: el desahucio por precario (art. 250.I.2 LEC); los antiguos interdictos de retener o recuperar la posesión ahora denominados juicios de tutela sumaria de la posesión (art. 250.I.4 LEC) y el procedimiento de protección de los titulares con derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad del art. 250.I.7 LEC (antigua acción ex art. 41 LH)⁸. A estos procedimientos hay que añadir el que se ha creado con 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 que permite una más rápida recuperación de las viviendas ilegalmente ocupadas⁹. La recuperación de la posesión no se reduce a los mecanismos previstos en la LEC puesto también queda la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo ordinario en el que ejercer la acción reivindicatoria ex art. 348 CC que apenas se suele utilizar en los casos de ocupación por tratarse de un procedimiento demasiado lento¹⁰.

El nuevo cauce legal para la recuperación de viviendas ocupadas presenta el inconveniente de que no puede utilizarse en todos los casos de “okupación”. Como veremos más adelante, solo puede ser utilizado por las personas físicas y algunas clases de personas jurídicas y además no se puede utilizar en las ocupaciones de inmuebles que no tengan la condición de vivienda. En consecuencia, en

5 El art. 441 CC establece que: “En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”. En el art. 446 se dice que: “Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”.

6 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal”, cit.

7 No será objeto de nuestro estudio el desahucio por falta de pago ni el desahucio por extinción del plazo del numeral I del art. 250.I. LEC, aun a pesar de proteger la posesión puesto que no se utilizan en los casos de ocupaciones ilegales.

8 No hemos incluido el supuesto del art. 250.I.1 LEC relativo a los desahucios que tienen su origen en contratos de arrendamiento por falta de pago de las o rentas o por expiración de los plazos contractuales puesto que no se tratan de ocupaciones en sentido estricto. Puesto que se trata de supuestos en los que la posesión ha sido consentida inicialmente, aunque luego el título haya perdido su validez.

9 En la STC 32/2019 (Sala pleno) 28 de febrero 2019 (RTC 2019\32) se ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2018, por estimarse que no concurre vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), ni se conculcan los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), ni tampoco los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

10 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 63.

todos supuestos no incluidos en el nuevo procedimiento -salvo aquellos en los que el recurso a la vía penal no ofrezca ningún género de dudas- se tendrá que recurrir a los clásicos procedimientos civiles para la recuperación de la posesión o la acción reivindicatoria ex art. 348 CC propiedad cuando por algún motivo no se puedan (o no se quiera) ejercer los anteriores. Esta posibilidad de la libre elección del procedimiento de recuperatorio de la posesión queda abierta incluso para los legitimados activamente para la utilización del nuevo cauce legal creado por la Ley 5/2018. Así pues, los propietarios de viviendas continúan teniendo la posibilidad de elegir entre el abanico de acciones para la defensa de la posesión¹¹. Todo ello aun a pesar de que el legislador en el preámbulo de la Ley 5/2018, de manera harto incomprensible manifieste que “ninguno de los cauces actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora de forma extraordinaria”. Asimismo, señala que las diversas opciones para la recuperación de la posesión que se contemplan el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil presentan algún tipo de problema o limitación. Finalmente, se pasa a la crítica de cada uno de los mecanismos civiles para la tutela de la posesión contemplados en el art. 250.I LEC. Estas manifestaciones del legislador nos parecen altamente desafortunadas: en primer lugar, puesto que están generando confusión puesto que en cierto modo se está diciendo que el único procedimiento adecuado para recuperar la posesión, además del previsto en la Ley 5/2018, consiste en el ejercicio de la acción reivindicatoria en un procedimiento ordinario¹². En segundo lugar, esas manifestaciones críticas podrían haber tenido sentido si el legislador, en el texto de la ley hubiera introducido modificaciones para corregir los mencionados problemas y limitaciones de los mecanismos de tutela del art. 250.I LEC. En tercer lugar, con estas manifestaciones se han dado argumentos para que los “okupas” intenten dilatar al máximo los procesos judiciales. Afortunadamente, en la doctrina ya se ha advertido que como quiera que se trata de observaciones que se realizan en el Preámbulo de la Ley estas carecen cualquier tipo de fuerza obligatoria, y en consecuencia, no existe ningún impedimento legal para poder seguir utilizándose

11 La SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) al referirse a la Ley 5/2018 establece que “ello no significa que si la parte demandante opta por el juicio de desahucio por precario el procedimiento sea inadecuado”. A la SAP Barcelona (Sec. 13.ª) 21 julio 2020 estima que: “el titular del derecho puede acudir a cualquiera de las vías procesales legalmente previstas para la protección de la propiedad, la posesión, o los derechos reales”. La SAP Barcelona (Sec.4ª) 25 enero 2021 (JUR 2021,73948), dictada en un supuesto de ocupación ilegal, en el que el actor había optado por la vía del desahucio por precario, estima que “Cualquier titular de derecho podrá acudir a cualquiera de las vías procesales que detallábamos en el fundamento de derecho segundo ante la ocupación ilegal de una vivienda, esto es: a) A la vía penal prevista en el artículo 245.2 y concordantes del Código Penal) referidos al delito de usurpación. b) Al desahucio por precarios (artículo 250.1.2º de la LEC). c) Interdictos posesorios (artículo 250.1.4º de la LEC). d) Acciones ejercitadas por titulares reales inscritos (artículo 250.1.7º de la LEC). e) Al juicio ordinario reclamando la posesión, cuando esta pretensión interfería con otras más complejas”.

12 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 65.

los clásicos procedimientos de recuperación de la posesión¹³. Estas críticas al legislador también se han formulado desde la jurisprudencia¹⁴.

II. EL DESAHUCIO POR PRECARIO.

I. El concepto de precario.

La figura del precario ha sido utilizada con gran profusión y éxito para obtener la restitución de toda clase de inmuebles que han sido objeto de ocupación ilegal o incontestada. De ahí que sorprenda que en el Preámbulo de la Ley 5/2018 se haya dicho 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”. Estas manifestaciones del legislador en un preámbulo -como ya hemos adelantado- han causado estupor en la doctrina, entre otros motivos que iremos analizando, porque van en contra de la línea jurisprudencial predominante que admite la utilización del desahucio por precario en materia de ocupación ilegal de inmuebles¹⁵. En consecuencia, se hace necesario un estudio de esta figura para poder determinar, si tras la publicación de la Ley 5/2018 todavía puede o no seguir utilizándose para recuperar la posesión que se ha perdido por una ocupación incontestada de un inmueble. Así pues, habrá que reproducir el debate que se produjo tras la entrada en vigor de la vigente LEC, sobre si es posible la utilización de un concepto amplio del precario que permita su utilización en los casos de ocupación incontestada o, si por el contrario ha de aplicarse una concepción restringida del precario impide su utilización fuera de aquellos casos de posesión cedida por el propietario o el legítimo poseedor¹⁶.

13 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal”, cit., estima que las manifestaciones del preámbulo pueden generar múltiples problemas innecesarios y una absurda limitación procedimental respecto de la situación previa a la reforma; no obstante al tratarse de un mero preámbulo confía en que los tribunales lo interpreten de la forma más favorable a la satisfacción de las pretensiones de los justiciables.

14 En parecido términos se manifiesta la SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) señala que en el con Ley 5/2018, nos encontramos ante una norma, pues, de naturaleza inequívocamente procesal. Asimismo critica que en su Preámbulo se utilicen frases como “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” tienen un claro contenido didáctico, que no debe incorporarse a las Exposiciones de Motivos, según lo expuesto. Si el legislador quería cambiar el régimen del artículo 250.1.2 de la LEC, debió modificar el precepto; pero sus disquisiciones en la Exposición de Motivos no producen ese efecto. Y la interpretación del precepto hay que dejarla a los tribunales”.

15 Para IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal”, cit., estas manifestaciones en el preámbulo suponen un retroceso a la situación creada tras la entrada en vigor de la vigente Lec en el año 2000, cuando un sector jurisprudencial mantuvo que la nueva redacción del art. 250.1.2 LEC suponía que el objeto del desahucio por precario se reducía a la posesión tolerada “cedida en precario”, pero no a la posesión ilegítima como las viviendas ocupadas en contra de la voluntad de su legítimo poseedor.

16 FRAGA MANDIÁN, A.: “La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas: aspectos de interés”, Proceso civil:

El precario es una institución civil que carece de regulación directa en el Código. No obstante, en la doctrina se ha querido encontrar una referencia al precario en el art. 1.750 del CC cuando en sede de comodato se establece que “Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad”¹⁷. La otra referencia al precario se encuentra en art. 250.1.2 LEC donde se contempla el procedimiento de desahucio por precario¹⁸. De ahí que ante la falta de regulación expresa de esta figura por el Código civil se haya dicho que el precario es una figura procesal que permite el ejercicio de la acción de desahucio¹⁹. En la doctrina se ha dicho que se trata del procedimiento recuperatorio de la posesión que más se ha utilizado en los juicios contra “okupas”²⁰.

cuaderno jurídico, núm. 133, 2018, pp. 15-22, manifiesta con gran contundencia “Mal asunto que este preámbulo eche por tierra la doctrina jurisprudencial de la adecuación del procedimiento especial del art. 250.1.2.º LEC para conocer de todas las situaciones de precario”. BONET NAVARRO, J.: *Los juicios por desahucio*, Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/> (Consultado el 19-04-2021). En el apartado “a). La opción por la vía civil, dentro del título III, Especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada del art. 250.1.4º LECiv, manifiesta que el argumento utilizado por el legislador se olvida de la línea jurisprudencial por la que se venía a amparar dentro del ámbito del precario supuestos “como los de ocupación de total carencia de autorización o voluntad, autoridad o tolerancia”.

- 17 En la STS 23 abril 2015 (RJ 2015,1209) se establecen las diferencias entre el comodato y el precario al establecer que el primero “comporta la exigencia de que se pacte su duración o, en su caso, el uso que se ha de dar a la cosa prestada, cubierto el cual cesa el derecho a poseer del comodatario, sin que por su propia naturaleza pueda entenderse que el uso haya de ser de carácter vitalicio, pues en tal caso la figura jurídica más adecuada -sobre todo en el ámbito familiar- sería la del usufructo”. Se razona que “no existió voluntad por parte del esposo y padre de las demandantes de perpetuar una situación posesoria respecto de su madre más allá de la mera liberalidad determinante de la figura del precario, pues en caso contrario podría haberse expresado dicha voluntad y no se procedió así”. En la STS de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4288) se establece que “existe una jurisprudencia consolidada de esta sala de la que resulta que, cuando un tercero —frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de una pareja, casada o no— cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (cfr. art. 1750 CC) sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.º LEC).
- 18 Establece el art. 250.1 LEC que: “Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”.
- 19 MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario al art. 1750 del CC”, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado: 31 de marzo de 2021. “Comentario”, cit., tras afirmar el carácter de figura procesal del precario mantiene que “el comodato sin plazo de duración se considera a estos efectos situación de precario, de tal modo que puede el comodante desahuciar al comodatario, de conformidad con lo previsto en el artículo 250.1.2º LECiv, que mantiene, pese a un primera impresión, los procesos especiales de desahucio”.
- 20 RODRÍGUEZ MESA, A.: “Necesidad de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 5/2018, de desahucio exprés frente a los “okupas””. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13081-necesidad-de-la-reforma-operada-en-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-por-la-ley-5-2018-de-desahucio-expres-frente-a-los-okupasraquo;, estima que de entre todas las vías procesales civiles es más adecuada para el desahucio de las ocupaciones. Aun a pesar de que, como ella mismo reconoce, en el Preámbulo de la Ley 5/2018 se dice que la recuperación de la finca en los supuestos de ocupación ilegal de no tiene cabida en el desahucio por precario por no existir una cesión previa del uso o un uso tolerado por el propietario o titular del derecho legítimo a poseer ni tampoco cualquier otro tipo de relación previa con el ocupante.

Habida cuenta la parquedad regulatoria de esta figura ha sido la jurisprudencia la que ha establecido los contornos de la figura del precario²¹. El Tribunal Supremo se ha decantado por un concepto amplio de precario en el que tienen cabida todos aquellos supuestos en los que una persona disfruta de un inmueble ajeno sin pagar a cambio ninguna renta o merced²². Esta línea jurisprudencial ha ampliado el concepto de precario más allá de aquellos casos en los que se detenta un inmueble por concesión o tolerancia del dueño, si también aquellos supuestos en los que la tenencia no se apoya en ningún título y que puede reputarse incluso abusiva:

a) La “posesión de origen contractual”. En este caso el dueño o el titular de un derecho posesorio sobre un inmueble cede forma gratuita la posesión a otro sujeto, sin determinar ni el plazo de tiempo ni del uso a que se destina. Esta posesión concedida es a la que se refiere el art. 1750 CC. Este sería el supuesto de los progenitores que le ceden gratuitamente una vivienda al hijo que se ha casado y a su esposa;

b) la “posesión tolerada” que no tiene un origen contractual y en la que el dueño del inmueble tolera que alguien utilice una casa. Este sería el caso de uno de los coherederos al que sus hermanos le permiten seguir viviendo en la casa que ahora es de los otros hermanos;

21 En la doctrina se ha mantenido que el comodato aunque tiene analogías con el precario se trata de una figura distinta. Vid. CANO MORIANO, G.: *Estudio sobre la figura del precario*, Edersa, Madrid, 2006. Disponible en <https://app.vlex.com/#WWW/vid/298394>. (Consultado el 19-04-2021), estima que “el comodato, aunque tiene evidentes analogías con el precario, no puede confundirse con éste; el concepto de precario ha ido evolucionando desde la concesión por el propietario a ruegos del ocupante, hasta la posesión sin título, bien por no haber existido o por ser insuficiente o por haber perdido su validez, no existiendo más razón de subsistencia que la simple tolerancia del poseedor real, que puede cesar por su libre voluntad”.

22 Esta concepción amplia del precario la podemos encontrar en la STS 28 febrero 2017 (RJ 2017, 605) que 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 (SSTS 28 febrero 2013 (RJ 2013, 2162); 19 septiembre 2013 (RJ 2013, 7428); 1 octubre 2014 (RJ 2014, 4613), 28 febrero 2017 (RJ 2017,2005). En el mismo sentido se han pronunciado con posterioridad las SSTS 4 noviembre 2020 (RJ 2020,4574) y 1 marzo 2021 (RJ 2021,83148). En la STS 21 diciembre 2020 (RJ 2020, 5037) todavía se precisa más el concepto de precario al decir que “Existe el precario: (i) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario (SSTS de 3 de diciembre de 1.958 y 30 de octubre de 1.986, entre otras)”. El TS zanja la cuestión “atendiendo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, entre otras las SSTS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4244) o 28 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2162), en las cuales se fija un concepto amplio del precario “como situación de hecho que implica o comporta la utilización gratuita de un bien ajeno cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo, bien por la posesión simplemente tolerada o sin título bien en las que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución”.

c) la “posesión basada en un título inicialmente válido que ha devenido insuficiente” como sucede cuando un contrato que llevaba aparejada la posesión, como el arrendamiento o el usufructo, se ha extinguido; y

d) la “posesión sin título previo”, referida a situaciones posesorias iniciadas sin contar con la voluntad del dueño o poseedor real o incluso en contra de su expresa voluntad.

El juicio de desahucio por precario puede iniciarse cuando los anteriores supuestos se convierten en una “posesión sin título”. Esto sucede cuando la concesión contractual o tolerada desaparece por revocación del propietario o el titular del derecho real sobre la cosa. También se puede iniciar el desahucio por precario en el caso de la posesión carente de título inicial, que ha sido adquirido de manera violenta o clandestina como sucede con las “okupaciones” de inmuebles²³. En la esencia del precario se encuentra que el propietario o titular del derecho sobre la cosa puede en cualquier momento poner fin a la cosa y reclamar la devolución de la cosa²⁴. En todos estos casos el precarista debe de restituir la cosa en el momento en que se la exija el propietario “ad nutum” es decir sin que sea necesario que se alegue causa alguna²⁵. El denominado desahucio por precario es la vía utilizada por el propietario para recuperar la posesión de la cosa tanto cuando la cesión ha sido consentida como incontestada.

2. Las ventajas del desahucio por precario.

El desahucio por precario ha sido bastante utilizado para la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados ilegalmente porque presenta toda una serie de ventajas: en primer lugar, por tratarse de un procedimiento muy simple como el resto de los juicios verbales. Pero al mismo tiempo es un juicio plenario y permite discutir las cuestiones complejas que afecten a la validez del título que oponga el demandado²⁶. No obstante, hay que tener presente que el hecho de desahucio

23 BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, cit.

24 En la STS 17 noviembre 2020 (RJ 2020,4288) al decir que “Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (SS 28 febrero 2017 (RJ 2017, 605), 28 mayo 2015 (RJ 2015, 2270), y 26 diciembre 2006 (RJ 2006, 180), entre otras).

25 MARIN LÓPEZ, J. J.: “Comentario”, cit., señala como ha existido polémica en cuanto a la naturaleza jurídica del precario: “para unos el precario no sería sino una modalidad de comodato caracterizada por no estar sometida a plazo; para otros, el precario se deriva de una pura situación de tolerancia no respaldada por contrato alguno, ni el comodato ni de cualquier otro tipo; para otros, en fin, el comodato sin plazo no sería sino una modalidad del concepto más amplio de precario”. No obstante, el autor mantiene que el concepto de precarista va más allá del comodatario sin el beneficio del plazo y que también incluye “al que usa la cosa con la simple aquiescencia del propietario, del usufructuario o del que tenga derecho a poseer. Es también precarista el que ha perdido el título que justificaba su posesión y que, sin embargo, ha continuado usando la cosa por simple tolerancia”.

26 En la SAP Madrid (Sec. 19ª) 25 noviembre 2020 (JUR 2021,27119) se establece que algunas cuestiones complejas pueden ser resueltas en el procedimiento verbal de desahucio sin tener que acudir a un procedimiento declarativo. Así pues, estima que la sentencia de instancia “no infringe la doctrina relativa

por precario se sustancie como juicio verbal y que con la anterior LEC/1881 sí que se trataba de un juicio sumario podría provocar dudas sobre su verdadera condición de juicio plenario²⁷. En la doctrina se matiza que el hecho de que se trate de un procedimiento plenario no significa que tenga la amplitud de un declarativo ordinario sino la de un declarativo especial de modo que la decisión que adopte el juez sólo podrá referirse a la posesión. La configuración como juicio plenario en la LEC impide la táctica de recurrir a las “cuestiones complejas” que se utilizaban con fines meramente dilatorios²⁸.

La segunda ventaja se encuentra en el hecho de que la sentencia que finaliza el desahucio por precario, tiene efecto de cosa juzgada, lo que pone fin al asunto con carácter definitivo²⁹. Esto último supone un beneficio con respecto a los otros procedimientos recuperatorios de la posesión del art. 250.I LEC puesto que tienen carácter sumario. Así sucede con las acciones para la tutela sumaria de la posesión (art. 250.I.4 antiguos interdictos), el nuevo procedimiento de tutela sumaria para las viviendas ocupadas (art. 250.I.4 II) o las acciones de protección de los derechos reales inscritos (art. 250.I.7 LEC). En todos ellos siempre queda abierta la posibilidad de iniciarse un juicio declarativo plenario en el que dilucidar aquellas cuestiones que no pudieron resolverse en el juicio sumario. En ambos casos no

a que el juicio verbal de desahucio por precario del art. 250.I-2º LEC sea el procedimiento adecuado para resolver sobre la condición de precarista de la demandada, a pesar de que exista una cuestión compleja, como puede ser la existencia del contrato de compraventa en virtud del cual la compradora Recreativos Jimar, S.L. arrendó la vivienda a la demandada. En efecto, la sentencia impugnada entra en el fondo de la cuestión y considera que la demandada no es una mera precarista porque justifica la ocupación de la vivienda en virtud de un título válido de arrendamiento. En parecidos términos la SAP Madrid (Sec. 18ª) 4 julio 2018 (JUR 2018, 227862) que establece que “ha de entenderse que el procedimiento adecuado para las cuestiones derivadas de la situación de precario lo es el juicio verbal en la forma dicha por el precepto citado y en él habrá de ventilarse toda la problemática afectante a la existencia, validez y eficacia del título que el demandado pudiere invocar para justificar su posesión del inmueble”.

27 GARCÍA ABURUZA, M. P.: “Contribución de la ex cónyuge a los gastos de construcción de vivienda en terreno de su ex suegro: la sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2020”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/> (Consultado el 3-04-2021), mantiene su condición de juicio plenario basándose en la STS 11 de junio 2012 (RJ 2012, 8848) que dice que: “[...]tras la reforma, operada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil el juicio de desahucio por precario ha dejado de tener un carácter sumario con restricción de medios de ataque y defensa que impedía analizar todas las cuestiones que pudieran plantearse desde el momento en que la complejidad del asunto quedaba constatada, relegando la discusión al ámbito del juicio plenario que hubiera lugar. Evidentemente la modificación producida en la nueva ley adjetiva en este aspecto, de acuerdo con los arts. 447 en relación con el art. 250, provoca una nueva perspectiva de la denominada comúnmente cuestión compleja, en cuanto que en el campo de este procedimiento podrán analizarse las distintas relaciones jurídicas que quieran alegarse como justificación de la posesión que se ostenta, aunque eso sí limitadas al ámbito posesorio de cuya recuperación se trata [...]”. En la STS 21 diciembre 2020 (RJ 2020,5037) se dice que “en este procedimiento podrán enjuiciarse las relaciones jurídicas que puedan alegarse como justificación de la posesión cuya recuperación se pretenda y la existencia de una situación posesoria que revista las características propias del precario, sin las limitaciones propias de un procedimiento sumario en cuanto a los medios de ataque y defensa (no se limitan los medios de prueba, a diferencia de los desahucios por impago de rentas), al tratarse de un procedimiento que, si bien limitado a ese objeto, tiene carácter plenario”.

28 BONET NAVARRO, J.: “Il especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor” en *Los juicios por desahucio*, cit.

29 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 65.

se producen los efectos de cosa juzgada tal como se prevé en el art. 447 LEC³⁰. Una tercera ventaja respecto a los antiguos interdictos, y el nuevo procedimiento de tutela sumaria de las viviendas ocupadas, es que no está sometido al plazo de caducidad de un año que el art. 439.I LEC en relación con lo dispuesto en el art. 250.I.4 LEC y 460.4 CC prevé para el ejercicio de la acción desde la consumación del despojo o perturbación de la posesión³¹. En consecuencia, en aquellos casos de ocupaciones ilegítimas en las que el propietario o el legítimo poseedor no hayan reaccionado dentro del año siempre les quedará la posibilidad de utilizar la vía del desahucio por precario. Una cuarta ventaja, se encuentra en que el desahucio por precario puede ser utilizado tanto cuando existe consentimiento en la utilización del inmueble por el propietario (progenitor que cede gratuitamente un piso a su hijo) como cuando la ocupación ha sido incontestada (“okupación”)³². En el caso de las acciones para la tutela sumaria de la posesión (los antiguos interdictos) así como la nueva acción de tutela sumaria de la ley 5/2018 sólo pueden utilizarse contra las ocupaciones sin consentimiento o sin tolerancia. Finalmente, este procedimiento puede ser utilizado con toda clase de inmuebles y están legitimados activamente para su interposición toda clase de personas, físicas y jurídicas³³. A diferencia de lo que sucede con “interdicto exprés” que solo puede ser utilizado para recuperar la posesión de viviendas y únicamente por personas físicas y un número tasado de personas jurídicas.

- 30 En el apartado 2 del art. 447 LEC se establece que “No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión” y en apartado 3 del mismo precepto se establece que “Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito”.
- 31 En las SSAP Barcelona (Sec.13^ª) 29 mayo 2020 (Tol 8000107), 29 mayo 2020 (Tol 8000221), 28 mayo 2020 (Tol 7983252) y 28 mayo 2020 (Tol 7984615), todas recayentes sobre desahucios por precario los “okupas” intentaron alegar la prescripción de la acción por haber transcurrido más de un año desde que se inició la ocupación. En todas las sentencias se ha establecido que “El tiempo de duración de la posesión no es un dato relevante en el marco de un juicio de desahucio por precario, que no está sometido al indicado requisito temporal”. En la SAP Barcelona (Sec.4^ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) el demandado alega la inadecuación de procedimiento por estimar que debería de haberse utilizado la acción de tutela sumaria. El tribunal es tajante al establecer que a pesar de la reforma de la ley 5/2018 que es “inasumible que los colectivos objeto de la reforma, a partir de ahora, sólo puedan acudir a la vía del artículo 250.I.4.º, párrafo segundo, de la LEC” en consecuencia admite que el propietario de viviendas pueda utilizar cuando lo estime conveniente el desahucio por precario, puesto que lo contrario, es decir “entender que, a partir de ahora, sólo van poder utilizar este procedimiento sumario privilegiado les perjudicaría en caso de que, por ejemplo, caducara la acción conforme al artículo 439.I de la LEC, lo cual no sería coherente con el propósito del legislador de que los perjudicados por la ocupación ilegal de su vivienda encuentren una respuesta ágil por parte de los tribunales de justicia”.
- 32 En las situaciones de precario el propietario no está sometido a ningún plazo de prescripción o caducidad para poner fin a aquella situación. En estos casos la finalización del precario depende de la voluntad del dueño para poner fin a su tolerancia. En este sentido la SAP Madrid (Sec.9^ª) 10 septiembre 2020 (JUR 2021,778) que a su vez cita a la SAP Madrid, (Sec.19^ª) 25 octubre 2017 (JUR 2017,299766).
- 33 En el supuesto contemplado por la SAP Madrid (Sec. 25^ª) 18 noviembre 2020 (JUR 2021,29542) se trata de la ocupación de una parcela de terreno que se encuentra dentro de unas instalaciones ferroviarias. Se estima el desahucio por precario puesto que no se admite como título válido para enervar la acción la prescripción adquisitiva de los terrenos. No es factible la usucapión sobre bienes de dominio público por así establecerse en el art. 6 de la Ley 33/2003, del patrimonio de las administraciones públicas.

La única objeción que nos merece el desahucio por precario se refiera a su duración que puede llegar hasta los tres años desde la fecha de presentación de la demanda³⁴. De ahí que cuando sea posible, por concurrir sus requisitos, será preferible recurrir al nuevo “desalojo exprés”, puesto que permite recuperar la posesión con muchísima mayor celeridad. No constituye demasiado inconveniente el que se trate de un procedimiento sin efectos de cosa juzgada porque el “okupa” cuando se opone a la demanda por lo general lo hace con la única intención de demorar al máximo el desalojo, de modo que una vez ha sido lanzado difícilmente iniciará un procedimiento plenario.

3. Los requisitos para el ejercicio de la acción de desahucio por precario.

Las especialidades procesales previstas para el desahucio por precario son escasas³⁵: se tiene que sustanciar por los trámites del juicio verbal (art. 250.1.2.º LEC); en los casos de finca urbana, la reducción del plazo para dictar sentencia a la mitad, es decir cinco días (art. 477.I LEC) y, por último, las previsiones del art. 440.4 LEC, relativas a los desahucios en los que haya vista, que está condicionada a la eventualidad de formulación de oposición. Este juicio también está afectado por la especialidad de suspensión del juicio de desahucio prevista en el art. 441.5 LEC hasta que los servicios sociales adopten medidas oportunas en los plazos previstos para los supuestos de vulnerabilidad y que será estudiada más adelante.

El éxito de la acción de desahucio por precario exige el cumplimiento de unos pocos requisitos por parte del actor: éste ha de acreditar su condición de propietario³⁶, usufructuario o que está en posesión de cualquier otro título, como sería incluso el de arrendatario, que le permita poseer la finca³⁷. En el

34 En las SSAP Barcelona (Sec.13ª) 29 mayo 2020 (Tol 8000107), 29 mayo 2020 (Tol 8000221), 28 mayo 2020 (Tol 7983252) y 28 mayo 2020 (Tol 7984615), todas recayentes sobre desahucios por precario las sentencias se han dictado en un plazo que oscila entre los dos y los tres años desde la fecha de la presentación de la demanda.

35 BONET NAVARRO, J.: “II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor” en *Los juicios por desahucio*, cit.

36 En ocasiones la demandada impugna el título de propiedad del actor cuando este aporta una “nota simple” en vez de acompañar a la demanda un “certificado” emitido por un Registrador de la Propiedad. En la SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702) se estima que la nota simple aun cuando no da fe del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, lo que si ocurre con las certificaciones, no deja de ser una manifestación que realiza el Registrador de la Propiedad del contenido de los asientos registrales, como se indica en los arts. 222 LH y 332 RH, teniendo dichas notas simples, eso sí, un valor meramente informativo, sin que den fe del contenido de los asientos, como sucede con las certificaciones”. No obstante, en esta sentencia se admite que a partir de aquellas notas “ha quedado acreditado que quien en el Registro de la Propiedad aparece como titular de dicha finca no es sino la entidad actora en la litis”.

37 En ocasiones la demandada impugna el título de propiedad del actor cuando este aporta una “nota simple” en vez de acompañar a la demanda un “certificado” emitido por un Registrador de la Propiedad. En la SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702) se estima que la nota simple aun cuando no da fe del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, lo que si ocurre con las certificaciones, no deja de ser una manifestación que realiza el Registrador de la Propiedad del contenido de los asientos registrales, como se indica en los arts. 222 LH y 332 RH, teniendo dichas notas simples, eso sí, un valor meramente informativo, sin que den fe del contenido de los asientos, como sucede con las certificaciones”. No obstante, en esta sentencia se admite que a partir de aquellas notas “ha quedado acreditado que quien en el Registro de la Propiedad aparece como titular de dicha finca no es sino la entidad actora en la litis”.

momento de presentar la demanda tiene que tener la condición de poseedor mediato habida cuenta que quien se encuentra ocupando la finca tiene la posesión inmediata o material³⁸. Asimismo, se ha de probar la existencia y la identificación del inmueble ocupado que -como ya hemos dicho- no tiene porqué tratarse de una vivienda³⁹. Finalmente, ha de quedar probada la insuficiencia o carencia de título del demandado⁴⁰. En cuanto a la identificación del demandado, igual que sucede en el resto de los procedimientos de tutela sumaria del art. 250.I LEC se viene produciendo la dificultad de identificar a los ocupantes del inmueble. Estos por sistema se niegan a ser identificados y notificados a los efectos de dilatar al máximo el desalojo. De ahí que en la jurisprudencia ha venido admitiéndose la posibilidad de demandar -en todos los procedimientos del art. 250.I LEC- con carácter genérico a los desconocidos ocupantes del inmueble. Esta cuestión ha sido resuelta de forma parcial y limitada tras la reforma de la LEC operada por la Ley 5/2018, se ha superado el antiguo problema de determinar la legitimación pasiva de los ocupantes habiéndolos de identificar, permitiéndose que, ante la dificultad de averiguar por el actor quienes sean los ocupantes de su inmueble, pueda el actor dirigir la demanda contra los “ignorados ocupantes” del mismo⁴¹. En las sentencias que admiten esta posibilidad se basan en los art. 399.I y 437 LEC no se exige expresamente la mención del nombre y apellidos de los demandados, sino que se limitan a exigir al actor que consigne en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado. Como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 28 de febrero 2019⁴², ha de tenerse en cuenta que en los supuestos de ocupación ilegal de viviendas lo más frecuente es que la identidad de los ocupantes sea desconocida para el titular legítimo del derecho a la posesión de la vivienda, no pudiendo imponerse al propietario o titular legítimo del derecho a poseer la vivienda, de la que ha sido desposeído por un acto violento o clandestino, la carga desproporcionada de llevar a cabo una labor investigadora para identificar a los ocupantes ilegales. Además, no puede olvidarse que, aunque su identidad personal no sea conocida, sí lo es su paradero pues pueden hallarse

38 BONET NAVARRO, J.: “II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor” en *Los juicios por desahucio*, cit.

39 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 65.

40 En la STS 21 diciembre 2020 (RJ 2020,5037) se establecen los requisitos para que prospere la acción ejercitada en el juicio de desahucio por precario: “(i) el título que ostenta el demandante, (ii) la identificación del bien poseído en precario y (iii) la insuficiencia o carencia de título del demandado”. Respecto de “la prueba de la existencia de un título habilitante que ampare la posesión o el pago de renta o merced corresponden a los demandados al tratarse de hechos positivos frente a la pretensión de desahucio articulada en la demanda”.

41 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 66.

42 En la STC 32/2019 (Sala Pleno) 28 de febrero 2019 (RTC 2019,32) el Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados contra la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), así como los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

en la vivienda ocupada⁴³. En todo caso entendemos que la reforma de la LEC debería de haberse extendido a todos los procedimientos recuperatorios de la posesión que pueden utilizarse para la recuperación de los inmuebles ocupados ilegalmente. En adelante la posibilidad de demandar a los desconocidos ocupante dependerá del criterio de cada Audiencia Provincial.

4. Las causas de oposición al desahucio por precario.

La parte demandada podrá oponerse a la demanda presentando algún título o demostrando la existencia de algún derecho que le permita poder seguir ocupando la finca cuya posesión pretende recuperar la parte actora⁴⁴. La carga de probar la legítima posesión del inmueble en un desahucio por precario le corresponde al ocupante demandado por tratarse de un hecho obstativo a la pretensión de la actora⁴⁵. De no probarse la legítima posesión se estimará procedente la demanda de desahucio, se ordenará el desahucio del “okupa” y se establecerá un plazo para que deje el inmueble libre, vacuo y expedito junto con el apercibimiento de lanzamiento si no lo verifica.

El título por excelencia para enervar la acción de desahucio por precario lo constituye la existencia de un contrato de arrendamiento. En el caso de presentarse un contrato escrito la desestimación de la demanda estaría prácticamente garantizada. No es normal que existiendo un contrato formalizado que el actor se lanzara a un procedimiento que a todas luces tiene perdido de antemano. De modo que los pleitos por esta materia tienen lugar cuando no existe título alguno ya que estamos ante ocupaciones ilegales. En los “manuales de ocupación” que circulan por internet se establecen las estrategias dilatorias que han de realizar los okupas, entre ellas se encuentra la de simular la existencia de una relación arrendaticia⁴⁶. Pero para poder demostrar la existencia de un arrendamiento es necesario que se pague una contraprestación por la posesión del inmueble, de ahí que en algunos

43 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 66.

44 En la SAP Madrid (Sec. 19ª) 25 noviembre 2020 (JUR 2021,27119) se estima suficiente para enervar la acción de desahucio por precario la presentación de un contrato de arrendamiento suscrito con un tercero que no era ajeno a la parte actora. El arrendador era la persona con la que la actora formaliza un contrato de compraventa, aun a pesar de que posteriormente ese contrato es resuelto. Se estima que “el juez a quo, acertadamente dio validez al contrato de arrendamiento que faculta a la demandada para ocupar legalmente la vivienda, tratándose Mercedes de un tercero de buena fe, ajeno a las relaciones entre la actora y Recreativos Jimar, S.L, que simplemente ha firmado un contrato de arrendamiento y que está abonando la renta mensual del mismo, sin que le sea exigible al arrendatario comprobar la titularidad registral de la vivienda para firmar el contrato de arrendamiento, sino que basta con que el que se presenta como arrendador se comporte como dueño, entregando las llaves a la arrendataria tras la firma del contrato”.

45 Así se establece en la SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) que además señala que “la mera acción de desahucio por precario muestra el deseo de la actora de poner fin a dicha ocupación carente de título”. En parecidos términos se establece en la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731).

46 Entre otros “manuales de ocupación” está el de la Oficina per l'Okupació de Karcelona. Disponible en: <https://resiste.squat.net/wp-content/uploads/resiste/2020/01/Manual-de-Okupaci%C3%B3n-Vol.1-Despegando.pdf> (consultado el 28-04-2021)

casos los ocupantes llegan a realizar obras en los inmuebles ocupados e incluso pagan algunos gastos de la comunidad de propietarios de la propiedad horizontal. Sin embargo, el abono de estos gastos aun a pesar de que en ocasiones podrían considerarse asimilados a la renta no constituyen título suficiente para poder enervar la acción de desahucio por precario⁴⁷. La jurisprudencia es abundante al respecto de estos gastos que se pretenden utilizar para demostrar la existencia de un título suficiente para enervar la acción de precario. En la mayoría de estos pronunciamientos no se admite que las cantidades pagadas tengan la condición de renta⁴⁸. El abono de la supuesta renta, en todo caso, ha de ser demostrado por el demandado como sucede con todos los hechos impositivos de la demanda (art. 217.3 LEC), de modo que no es válida la simple referencia a la existencia de ese alquiler. No obstante, al actor le corresponde la prueba de la existencia de la situación de precario (art. 217.2 LEC)⁴⁹.

En la mayoría de los procedimientos de desahucio por precario que tienen lugar con las ocupaciones ilegales de inmuebles los demandados carecen de título alguno que oponer. En consecuencia, se utilizan toda una serie otras estrategias de oposición a la demanda que vienen a constituir cláusulas de estilo con la única finalidad de dilatar el proceso el máximo tiempo posible hasta el tiempo de casi seguro lanzamiento. Muchas de estas estrategias se pueden encontrar en los conocidos “manuales de okupación” que pueden encontrarse en internet⁵⁰. Estos

47 BONET NAVARRO, J.: “II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor” en *Los juicios por desahucio*, cit., señala la existencia

48 La STS 6 abril 1962 (RJA 1942, 1962) ya dejó sentado que “el hecho del pago de la renta, que excluye la condición de precarista, no está constituido por el abono del importe de cualquier cantidad de dinero, a cualquier persona, si tales pagos no se hacen a título de merced por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, y si no son aceptados en tal concepto por su acreedor”. La SAP Barcelona (Sec. 13ª) 23 septiembre 2019 (JUR 2019,283251) es concluyente al respecto al establecer que “debe tenerse presente que el pago de suministros y gastos de la vivienda ocupada (incluidos impuestos, contribuciones y gastos de Comunidad, inversiones o mejoras) no constituyen contraprestación por la ocupación - es en beneficio del mismo usuario o se trata de gastos que pesan sobre el ocupante en su propia utilidad - no correspondiendo a una contraprestación en nombre propio y acordada como tal por el uso (SSTS. 6.4.1962, 30.11.1964, 21.11.1967, 30.10.1986, 22.10.1987)”. Se ha considerado que no implica título, las obras de mejora en las SAP Murcia (Sec. 4ª), 29 marzo 2012 (JUR 2012, 154422); SAP Alicante (Sec. 5ª) 21 febrero 2008 (JUR 2008, 144953). Tampoco constituyen título el abono de gastos, ni el pago de impuestos, ni los gastos de comunidad para las SAP Barcelona (Sec. 4) 10 noviembre 2020 (JUR 2021,3338), SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702). SAP Madrid (Sec. 13ª) 21 diciembre 2006 (JUR 2007,245690) SAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 julio de 2006 (JUR 2007,107917). Asimismo, no constituye renta el pago de los suministros, como los de la luz, gas, calefacción o teléfono, para las SSAAPP de SAP Barcelona (Sec. 4ª) 10 noviembre 2020 (JUR 2021,3338); ; SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702); Alicante (Sec. 5ª) 11 julio 2007 (JUR 2007, 317933); Madrid (Sec. 21ª, 11 de abril de 2007 (JUR 2007, 212623). Finalmente, tampoco constituye título la ejecución de obras en el inmueble sin consentimiento de la propiedad, tal como se establece en la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 1ª) 31 mayo 2006 (JUR 2006, 206163).

49 BONET NAVARRO, J.: “II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor” en *Los juicios por desahucio*, cit.; advierte que en aquellos casos de ocupación prolongada en el tiempo el actor puede encontrarse con dificultades para demostrar la condición de precarista del ocupa, por la presunción de onerosidad de las prestaciones. De modo que existe un principio general obstativo al precario y favorable a la onerosidad en la concesión del disfrute.

50 Este es el caso, entre otros de “Despegando. Manual de Okupación”, elaborado por la Ofician per l’Okupació de Karcelona (<https://resiste.squat.net/wp-content/uploads/resiste/2020/01/Manual-de-Okupaci%C3%B3n-Vol.I-Despegando.pdf>).

ardides procesales suelen utilizarse en todos los procedimientos de tutela de la posesión.

Así sucede con la excepción de “inadecuación de procedimiento”, para ello se alega que los ilegales ocupantes un inmueble no se encuentran en situación de precario puesto que a ellos el propietario no les ha cedido la posesión del inmueble (se utilizan toda clase de subterfugios como que un tercero les alquiló verbalmente el inmueble o que este se encontraba con la puerta abierta y estaba abandonado)⁵¹. Esta línea de defensa se basa en la denominada concepción estricta del precario que parte de una interpretación literal de la expresión “cedido en precario” del art. 250.1.4ª LEC⁵². Para suerte de los propietarios, en muy pocas sentencias se admite esta tesis de restrictiva de la situación de precario, sin embargo, los abogados especializados en la defensa de okupas, insisten en esta estrategia. Para los defensores de esta tesis sólo podrá existir una situación de

51 Esta es la clásica justificación de todo escrito de contestación a la demanda que luego no se prueba en el proceso. En la SAP Barcelona (Sec. 4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) el apelante manifiesta que “que ocupa la vivienda por tolerancia del ocupante previo, siendo al tiempo de contestar a la demanda legítimo poseedor, por haber adquirido la posesión por transcurso de más de un año y sin acto alguno de fuerza o violencia”. En la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731) se establece que en todo caso corresponde a la parte demandada “la prueba del hecho positivo, a su cargo, de la existencia del pretendido derecho arrendaticio, de conformidad con la norma general de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede estimarse que lo haya probado la parte demandada, por no haber propuesto ninguna prueba relevante, en la primera o en la segunda instancia”. En la SAP Tarragona (Sec. 3ª) 19 noviembre 2020 (JUR 2021,9507) la demandada alega que “no se forzó cerradura alguna y que la puerta estaba abierta”.

52 En la SAP Madrid (Sec. 21ª) 5 febrero 2013 (JUR 2013,92182) se desestima la demanda de desahucio por precario que la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid s.a., interpone contra unos okupas. Para ello se basa en la tesis del concepto restringido del precario que nuevamente se defiende en la SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702) si bien no se aplica en ese caso. En la primera de las sentencias se parte de que en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, junto al concepto estricto o restringido de precario del art. 1.750 CC, coexistía un concepto amplio que nos proporcionaba la ley procesal, dentro de la regulación del juicio de desahucio, en el art. 1.565.3 que establecía que “procederá el desahucio contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced”. Se precisa que se trata de un “Concepto amplio de precario [...] en el que tenían cobijo, además de la situación propia y genuina de la cesión en precario del concepto estricto y restringido, otras situaciones distintas, como son las de posesión tolerada y las de posesión sin título, bien por carecer completamente de título para poseer o bien porque el título hubiera perdido su eficacia con posterioridad. En definitiva, el concepto amplio de precario se extendía a toda persona que poseyere una finca sin derecho para ello y sin pagar renta o merced”. Continúa diciendo la sentencia que la entrada en vigor de la vigente LEC deroga el antiguo art. 1.565.3 Lec/1881 y deja vacía de contenido la doctrina jurisprudencial basada en el mismo. En el nuevo art. 250.1.2 LEC se establece que “Se decidirán en juicio verbal las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”. La dición legal en la nueva y en la vieja ley procesal es distinta, pues mientras, en la nueva, sólo se permite la recuperación de la posesión, por este cauce procedimental, respecto de “fincas cedidas en precario”, de tal manera que, en la nueva ley rituarial, desaparece el concepto amplio de precario (posesión concedida, tolerada y sin título por ausencia originaria o sobrevenida) acogándose el concepto estricto o restringido del art. 1.750 del Código Civil (posesión concedida). En consecuencia, “el dueño de una finca no cedida en precario, dispone de un cauce procesal para recuperar su plena posesión en las situaciones de posesión tolerada o sin título por ausencia originaria o sobrevenida, pero, ese cauce procesal, no es el previsto en el número 2º del apartado 1 del artículo 250 de la vigente LEC”. Este criterio restringido se ha seguido por las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2002, 750/2002 de 5 de diciembre de 2002 (Sección 3ª), 23 de julio de 2004 y 1 de febrero de 2006; de la Audiencia Provincial de Almería de 3 de septiembre de 2003; de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de junio de 2004 y 11 de abril de 2005 (Sección 6ª); de la Audiencia Provincial de Huesca de 10 de enero de 2005 (Sección 1ª); de la Audiencia Provincial de Badajoz de 18 de febrero de 2004 (Sección 2ª); y, dentro de esta Audiencia Provincial de Madrid, las sentencias de la Sección 12ª de 22 de noviembre de 2005 y 4 de abril de 2007 y de la Sección 20ª de 22 de noviembre de 2006 y de 23 de mayo de 2007.

precario cuando el propietario ha “cedido” la posesión del inmueble al ocupante, es decir, si ha existido una relación jurídica previa entre las partes -como sería el caso del comodato sin plazo- o incluso una situación de mera tolerancia por parte del dueño⁵³. Así pues, como en las “okupaciones” no existe situación de precario, en consecuencia, no puede utilizarse el procedimiento del desahucio por precario en estos casos. De modo que en las ocupaciones incontestadas de inmuebles el propietario solo puede intentar la recuperación de la posesión acudiendo a otros procedimientos civiles como los de tutela sumaria de la posesión de los arts. 250.I.4º LEC (interdicto) y el de protección de los derechos reales inscritos ex art. 41 LH y 250.I.7º LEC o incluso al procedimiento declarativo ordinario (acción reivindicatoria ex art. 348 CC). De prosperar la excepción de inadecuación de procedimiento los “okupas” habrán ganado otros dos o tres años de ocupación que serán los que tardará el actor al verse obligado a empezar ex novo otro proceso judicial. Asimismo, pueden entorpecer muchísimo la vía recuperatoria en aquellos casos en los que el propietario haya superado el plazo de un año de pérdida de la posesión dentro del que es posible el ejercicio de la vía interdictal.

La concepción estricta del precario, como ya hemos dicho, ha encontrado escaso apoyo en la doctrina de las audiencias provinciales. Por el contrario, la mayoría de pronunciamientos de las audiencias se decantan por la concepción amplia del precario, que es la que defiende el Tribunal Supremo, y reconocen que el procedimiento del desahucio por precario sí que puede utilizarse en las ocupaciones ilegales de inmuebles. En la concepción amplia de esta figura también se incluyan aquellos casos en los que un tercero está ocupando un bien cuyo uso no le ha sido cedido por el propietario, sino que la ocupación ha tenido lugar sin su autorización e incluso sin su conocimiento⁵⁴. Son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales en las que se admite la acción de desahucio por

53 La SAP Barcelona (Sec. 13ª) 14 diciembre 2020 (JUR 2021,5343) estima que: “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 [...], 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”. Esa misma Sección 13ª ya se había manifestado en ese sentido anteriormente: (en este sentido, se pronuncian las sentencias de la Sec. 4ª de fechas 13 de febrero de 2.009, 8 de marzo de 2013, 21 de junio de 2013, 23 de julio de 2013, entre otras y de esta Sec. 13ª de 13 de julio de 2004, 8.3.2013 o 4 de julio de 2013). En las SSAP Barcelona (Sec.13ª19 febrero 2021 (JUR 2021,99731) y 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373) se establece que el precario viene configurando en el Derecho moderno el precario como una mera situación posesoria, calificada por sus efectos y no por la causa de los mismos, que por lo tanto bien puede tener su origen: (1) en un contrato, por el que se confiere la tenencia de la cosa, que es el supuesto de posesión concedida al que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, (2), bien puede tener un origen no contractual, que es el caso del precario en los supuestos de posesión tolerada y (3) posesión sin título”.

54 En la doctrina se apoya prácticamente sin fisuras la concepción amplia del precario que permite la aplicación del desahucio por precario a las ocupaciones ilegales de inmuebles. Así, BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, cit.; BONET NAVARRO, J.: “Il especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor” en *Los juicios por desahucio*, cit.; IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: “La reforma procesal” critica la manifestación del legislador en el preámbulo de la Ley 5/2018; PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 66.

precario en los casos de “okupación”⁵⁵. Por el contrario, en la doctrina del TS se ha pasado de puntillas sobre esta cuestión y, aun admitiendo la existencia de precario cuando no existe título, sin embargo, no existen pronunciamientos expresos sobre la utilización (o no) del desahucio por precario en las ocupaciones ilegales de viviendas⁵⁶.

Otra estrategia que ha sido utilizada por los okupas para retrasar al máximo el momento del desahucio ha sido alegar la concurrencia de exclusión social. No obstante, la doctrina predominante en las Audiencias Provinciales es que, concurriendo los requisitos para su éxito, la acción de desahucio debe prosperar, sin perjuicio de que se adopten las medidas correspondientes por los servicios sociales, para que los ocupantes tengan una vivienda o solución habitacional, para evitar las consecuencias del lanzamiento que se pueda producir. De modo que se da por cumplido el mandato de los arts. 150,4 y 441,5 LEC, en los que se exige que se notifique a los servicios sociales en aquellos casos en los procesos de desahucios, cuando el juzgado, tras la confirmación por los servicios sociales de que el hogar afectado se encuentra en situación de vulneración social y/o económica, suspende el proceso durante un mes si el demandante es una persona física o tres meses si el demandante es persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo de suspensión se continuará el proceso por sus trámites⁵⁷.

En los procedimientos civiles para la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados en Cataluña se ha utilizado la estrategia de oponerse a la demanda, no sólo alegando la situación de riesgo de exclusión social o residencial en la que se encuentran los “okupas”. Asimismo, también se ha solicitado que se aplique

55 Así la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 14 diciembre 2020 (JUR 2021,5343); SAP Madrid (Sec.9ª) 10 septiembre 2020 (JUR 2021,778) se estima suficiente para la procedencia del desahucio por precario que una vivienda esté ocupada “sin título alguno y sin pagar ningún tipo de contraprestación, esto es, en situación de precario”.

56 En la STS 17 noviembre 2020 (RJ 2020,4288) al decir que “Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (SS 28 febrero 2017 (RJ 2017, 605), 28 mayo 2015 (RJ 2015, 2270), y 26 diciembre 2006 (RJ 2006, 180), entre otras).

57 En la SAP Madrid (Sec. 9ª) 10 septiembre 2020 (JUR 2021,778) se establece que “la propia ley de enjuiciamiento civil en los artículos 150, 440, y 441,5, establece medidas a través de las cuales se pretende garantizar una vivienda a favor de los demandados sobre los que se acuerde el lanzamiento, al señalar este último precepto que “En los casos del número 1º del artículo 250.I, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano”.

análogamente la obligación de realojamiento previsto para personas o familias en riesgo de exclusión social residencial que puedan perder la vivienda habitual y que no tengan posibilidad de acceder al uso legítimo de otra vivienda prevista para los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria o de desahucio en el 16.3 de la Ley 4/2016 [Cataluña], de 23 de diciembre, de *medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial* (o normas equivalentes). Esta medida requiere que el actor se trate de grandes tenedores titulares de viviendas inscritas en el Registro de viviendas vacías. En las audiencias catalanas se ha respondido a esta estrategia que no cabe la aplicación análoga por no concurrir identidad de razón entre la “okupación” y los supuestos contemplados en la Ley 4/2016⁵⁸.

Otra estrategia utilizada en los juicios de desahucio por precario con okupas ha sido la de solicitar la constitución forzosa para el demandante de un alquiler social. Nuevamente hay referencias a leyes catalanas en las que se exige, en determinados supuestos, en los que se combina la situación de exclusión social residencial y la de que el demandante sea una entidad financiera o un gran tenedor de viviendas, se pueda imponer un alquiler social. Este es el caso de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética⁵⁹. En la jurisprudencia se ha determinado que no es procedente que en un juicio verbal de desahucio por precario pueda exigirse por vía de reconvención la constitución de un alquiler social⁶⁰.

58 Así se pronuncian las SAP Barcelona (Sec.13ª) de 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731) y 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373). En otras sentencias podemos comprobar como la parte demandada alega por sistema que “la actora no le había ofrecido concertar un alquiler social, y que el art.47 CE y el art.26 EC establecen el derecho de toda persona a una vivienda digna y adecuada, siendo obligación de los poderes públicos promover las medidas pertinentes para hacer efectivo ese derecho”. Así la SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y SAP Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) entre muchas otras.

59 En los Acuerdos de unificación de criterios, de 21 de febrero de 2020, de los Presidentes de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona, adoptados al amparo de lo previsto en los artículos 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 57.1 c) del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, se adoptó, por unanimidad, el acuerdo de que el ofrecimiento de un alquiler social del artículo 5, apartados 2 y 3, y la disposición adicional primera de la Ley 24/2015, de 29 de julio, en la redacción dada por el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, no puede ser considerado un requisito de procedibilidad o de admisibilidad de la demanda judicial de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago de alquiler, extinción del plazo, o precario, con la consecuencia jurídica de que su incumplimiento determine la inadmisión de la demanda. La SAP Tarragona (Sec. 3ª) 19 noviembre 2020 (JUR 2021,9507) estima que “La situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión residencial de la demandada y su familia pudiera tener trascendencia en fase procesal de ejecución, pero no tiene trascendencia impugnatoria de la acción deducida [...]. La ley 24/2015 (Cataluña) y la modificación introducida por el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, no establece que se trate de un requisito procedimental que pueda comportar la suspensión del procedimiento o la inadmisión a trámite de la demanda. Sin perjuicio de las consecuencias administrativas de esta falta de oferta de alquiler social, su ausencia no impediría la admisión a trámite de la demanda y la sustanciación del proceso, conforme a las normas aplicables, que son las de la LEC”.

60 Así se manifiesta la SAP Barcelona (Sec.13ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373) al decir que “en los juicios verbales únicamente es admisible la reconvención cuando no determine la improcedencia del juicio verbal, siendo así que, de acuerdo con el artículo 249.1.6ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben decirse en juicio ordinario las demandas que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia [...] por el principio de congruencia del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia, en primera

La anterior cuestión va unida a la existencia de vulneración al derecho fundamental a la vivienda digna. En este caso ha sido el propio Tribunal constitucional el que ha establecido que el art. 47 de la Constitución Española no reconoce un derecho fundamental a la vivienda, sino que “enuncia un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias”⁶¹. De acuerdo con esta doctrina en las Audiencias Provinciales se ha establecido que “no es el Poder Judicial, sino las Administraciones Públicas, el Estado, las Comunidades Autónomas, o los Ayuntamientos, los que deben adoptar políticas sociales destinadas a promover el acceso de los ciudadanos a la vivienda, en el marco del mandato o principio rector del art. 47 CE y de otros preceptos constitucionales”⁶². A pesar de ello este derecho a la vivienda digna ha venido siendo utilizado en todas las modalidades de procedimientos de tutela de la posesión como “norma de defensa” tanto en las contestaciones a la demanda, como por vía de excepción⁶³. En sentencias recaídas en procedimientos de desahucio por precario se ha manifestado que la ocupación ilegal el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda no supone título para acceder a la posesión de un inmueble⁶⁴.

instancia, o en apelación, no puede hacer pronunciamiento sobre la procedencia o no de la constitución del alquiler social, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en ejecución frente a situaciones de especial vulnerabilidad social que puedan producirse como consecuencia del desalojo”.

- 61 Así se ha manifestado la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 32/2019, de 28 de febrero, dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad nº 4703/2018, al declarar que el art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia “un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias” (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4). Los poderes públicos vienen así obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en particular regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, conforme determina el art. 47 CE.
- 62 SAP Barcelona (Sec.13ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373)
- 63 HERRANZ CASTILLO, R.: “Desobediencia”, cit., propone la utilización de esta “norma de defensa” más allá de las desocupaciones, en aquellos procesos en que el demandado podría verse privado de su vivienda habitual. Este sería el caso de los desahucios, tanto por impago en los arrendamientos urbanos, o en los procedimientos de ejecución hipotecaria, así como en la privación del derecho al uso de la vivienda por parte del propietario a causa de su conducta perturbadora de la convivencia.
- 64 Dice la SAP Palencia (Secc. 1.ª) 28 mayo 2020 (JUR 2020,219118) que “ocupación ilegal, es la ocupación no consentida ni tolerada que no supone título para acceder a la posesión de un inmueble, ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda, por ello, sí cabe formular una demanda que pretenda la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o un derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute y su recuperación se articula a través del juicio verbal del art 250.1.2.º, 4.º y 7.º de la LEC. ‘Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca’, siendo el cauce procesal el ‘desahucio por precario’ aunque en ocasiones no exista tal precario puesto que, como en el caso actual, 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”. En parecidos términos las SSAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731) y 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373) para las que “La situación socioeconómica opuesta por la parte demandada, no constituye título de ocupación que pueda ser opuesto en el juicio declarativo en ejercicio de la acción de desahucio por precario”. Asimismo, la SAP Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) para la que “el derecho a la vivienda del art. 47 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y la protección de la familia del art. 39 de la misma, no obstan al examen del objeto litigioso que ajeno a dichos preceptos legales”.

III. LA ACCIÓN DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN.

I. El concepto de acciones para la tutela sumaria de la posesión.

Las acciones para la tutela sumaria de la posesión son el segundo mecanismo recuperatorio de la posesión que contempla el art. 250.I ahora dentro del numeral 4º. Estas acciones se corresponden con los antiguos interdictos de retener o recuperar la posesión y como aquellos tienen como finalidad la defensa de la posesión protegiendo a quien haya sido despojado de ella o haya sido perturbada su disfrute⁶⁵. Esta acción, como todas aquellas que protegen la posesión, tiene su fundamento en el art. 446 CC⁶⁶. Las acciones de tutela sumaria cuentan con el subtipo al que hemos denominado “interdicto exprés” con la que comparten muchas de sus características. La Ley 5/2018 en su controvertido preámbulo se refiere a la “tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o un derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute” para acto seguido desautorizar la efectividad de este mecanismo para combatir la ocupación ilegal. De manera harto sorprendente se limita a decir que lo es “sin una adecuación del procedimiento al fenómeno de la ocupación ilegal en sus distintas variantes actuales, el cauce se muestra ineficaz”. Esta observación nos parece un tanto gratuita: por un lado, porque va en contra de consolidadas líneas jurisprudenciales que admiten los antiguos interdictos de recobrar la posesión como una de las vías adecuadas para ir contra los ocupantes de inmuebles y por otro, porque no se especifican los motivos por los cuales el citado procedimiento carece de adecuación. Además, en todo caso en el texto de la ley se tendría que haber dado una solución para que ese procedimiento hubiera resultado adecuado. En consecuencia, vamos a analizar la pertinencia (o no) del procedimiento de tutela sumaria de la posesión ex art. 250.I.4 LEC para combatir el fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles.

El interdicto de recobrar la posesión, término que nos gusta más que el de acciones de tutela posesoria, es un procedimiento sumario que protege de manera rápida y provisional, la posesión como simple hecho, con independencia del derecho en el que se sustente dicha posesión, hasta el punto de que no importa si detrás de esa apariencia existe o no un derecho real que justifique el hecho posesorio. En todo caso, las cuestiones relativas a las declaraciones de derechos o cuestiones complejas se han de sustanciar en un juicio declarativo plenario⁶⁷. Las acciones posesorias se limitan a proteger la apariencia jurídica de

65 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 67

66 Para la SAP Barcelona (Sec.14ª) 12 diciembre 2017 (JUR 2018,25406) el art. 446 CC “establece el necesario respeto del derecho a poseer, de manera que cualquier perturbación en esa posesión activa el derecho a amparar la restitución posesoria, tal como establecía a fecha de litispendencia el art. 250.I.4 LEC al que se acogió el apelado”.

67 La SAP Ourense 26 marzo 2019 (JUR 2019, 138503) establece que por su naturaleza sumaria y “siendo el ámbito propio y específico de tales acciones tan estrecho, no cabe abordar cuestiones relativas a la

la posesión frente a los actos de perturbación o despojo, en esencia se trata de restaurar la situación primitiva modificada unilateralmente o arbitrariamente por el demandado⁶⁸. El interdicto tiene por función mantener la paz social, manteniendo la situación anterior incluso contra quien pueda oponer un derecho contrario⁶⁹.

propiedad o las derivadas de la colisión de los títulos esgrimidos por los litigantes y la sentencia que se dicte en esta clase de juicio no produce excepción de cosa juzgada (art. 447 LEC), dejando siempre a salvo el derecho de las partes a acudir a un juicio declarativo posterior a los efectos de discutir sobre la propiedad o la posesión definitiva del derecho o bien objeto de los mismos, cuestión ajena a la sumariedad de este tipo de procedimientos". La SAP Islas Baleares (Sec. 3ª) 17 enero 2019 (JUR 2019,106372) estima que por su carácter sumario en los interdictos "no pueden debatirse en los mismos, declaraciones de derecho o situaciones de ámbito complejo, que se reservan para los declarativos ordinarios, centrándose estos juicios interdictales fundamentalmente en el reconocimiento del hecho de la posesión del demandante y en el despojo del oponente, por lo que aparece como básico el justificar el hecho de la posesión, el cual si bien debe ser admitido con carácter amplísimo, dado lo dispuesto en el art. 464 del Código Civil, ello no ha de llevar a proteger situaciones en que sea dudosa la posesión o permitida sin título alguno, y en todo caso, según determinan los artículos 444 y 1942 del Código Civil, que no se base en actos tolerados, clandestinos y sin conocimiento del poseedor o realizados con violencia". En la SAP Barcelona (Sec.14ª) 12 diciembre 2017 (JUR 2018,25406) se establece que por la "naturaleza sumaria de este procedimiento, no es idóneo para discutir el derecho material ni para declarar derechos, cuestiones reservadas para el juicio declarativo correspondiente, siguiendo la línea de las SSTs de 1 de marzo de 2012, 25 de noviembre de 2008.

- 68 Son numerosas las sentencias en las que se establece que la posesión que se defiende en el interdicto de recobrar es la posesión como "mero hecho". Entre muchas otras la SAP Barcelona (Sec. 19ª) 19 noviembre 2020 (Jur 2020, 353427) estima que la "acción de tutela sumaria de la posesión, procedimiento que trata de evitar la alteración, por vía de hecho, de la posesión ajena. Dicha cualidad delimita la posesión protegida como mero hecho, excluyendo toda controversia sobre el dominio o cualquier otro derecho, posibilitando la protección de una situación fáctica ostensible y aparente, al margen de toda consideración sobre el título jurídico que pudiera ampararla; de esta manera la tutela corresponderá a la justificación de una alteración del estado de hecho posesorio sin contar con la voluntad del poseedor". Para las SSAP Valencia (Sec. 11ª) 3 junio 2019 (JUR 2019,269278) y 4 octubre 2017 (JUR 2018, 24570) "a través de los interdictos posesorios se trata de proteger el hecho de la posesión frente a los actos de perturbación o despojo, con independencia del derecho en que se sustente esa posesión si la hubiere, o de la posesión definitiva, por lo que para la estimación de la demanda es irrelevante la circunstancia de que el disfrute posesorio lo tenga el actor interdictante sobre la base de un título o por otra situación, aún la puramente fáctica, siempre y cuando cuente a su favor con las notas de estabilidad y de ser pública y pacífica, puesto que el definitivo derecho a poseer no es materia propia del juicio posesorio". Para la SAP Ourense 26 marzo 2019 (JUR 2019, 138503) es un procedimiento sumario destinado a proteger la posesión como hecho o el hecho mismo de la posesión, cualquiera que fuera su origen o naturaleza, contra las perturbaciones o el despojo consumado, con daño del poseedor. Se trata, pues, de tutelar una apariencia jurídica y de intentar restaurar la situación primitiva, modificada arbitraria o unilateralmente por el demandado, que no acudió a la vía establecida por el Derecho. Para la SAP Barcelona (Sec.14ª) 12 diciembre 2017 (JUR 2018,25406) el interdicto es "un procedimiento en el que no se ventila el derecho o derecho preferente a poseer, sino el hecho de la posesión del demandante y los hechos del demandado que perturban aquella situación posesoria que ha de ser de hecho y actual". La SAP Barcelona (Secc.11ª) 8 noviembre 2001 (JUR 2002, 81559) recaída sobre un interdicto del art. 1651 y ss. LEC/1881 ya establece que: "El interdicto de recobrar la posesión es un procedimiento especial y sumario de ámbito restringido, que con el fin de evitar la violencia, las vías de hecho y el tomarse la justicia por su mano, proporciona la tutela judicial de amparo inmediato a cualquier poseedor de una cosa, contra un acto de despojo realizado por tercero sin título que le autorice para ello. Es un procedimiento en el que no se ventila el derecho o derecho preferente a poseer, sino el hecho de la posesión del demandante y los hechos del demandado que perturban aquella situación posesoria que ha de ser de hecho y actúa".
- 69 La STS 30 septiembre 2005 (R J 2005,8899), afirma que "la protección interdictal responde a la necesidad de mantener el statu quo y, al fin, la paz social ante actos de propia autoridad, impidiendo que una situación existente, de hecho o aparente, sea atacada ni siquiera por quien puede oponer un derecho contrario; y que, en consecuencia, el objeto del interdicto no es otro que la posesión (*ius possessionis*), como poder de hecho, con independencia de que el poseedor tenga derecho o no a seguir siéndolo (*ius possidendi*). Razón por la que el debate en él queda limitado a determinar si el actor posee, si el demandado ha ejecutado actos de despojo o perturbación de dicha posesión y si la acción se ejercitó oportunamente, con exclusión de toda discusión sobre el derecho a poseer, su existencia y titularidad".

2. Requisitos para el ejercicio de las acciones para la tutela sumaria de la posesión

La jurisprudencia ha venido exigiendo la concurrencia de toda una serie de requisitos para que prospere con éxito la acción para la recuperación o para evitar la perturbación de la posesión⁷⁰:

1. Que el actor pruebe haber estado en la posesión de hecho de una cosa o de un derecho, real o personal de la cosa de la que dice haber sido perturbado o despojado, es decir que hay tenido un contacto físico con el bien. Que esa posesión haya sido adquirida regularmente, esto es, sin fuerza, violencia o clandestinidad.

2. Que se identifique el inmueble que ha sido objeto del despojo o perturbación.

3. Que el demandado haya realizado un acto de desposesión que haya privado, en todo o en parte, del señorío de hecho en que el actor se halla sobre la cosa, o bien haya efectuado un acto que perturbe o inquiete la pacífica posesión de aquél.

4. Que no haya transcurrido más de un año entre el acto de despojo y el ejercicio de la acción de tutela sumaria de la posesión (arts. 1.968.I CC y 439.I LEC), puesto que en ese caso se entiende perdida la posesión del actor. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que este plazo anual para interponer la acción es de caducidad y no de prescripción⁷¹. Este plazo está conectado con el art. 460.4 CC donde se establece que el poseedor puede perder su posesión por “la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”. No obstante, si no se ha reaccionado contra la ocupación ilegal dentro del año todavía queda abierta la posibilidad de recuperar la posesión, sin concurren las circunstancias, mediante el ejercicio del

70 En las SAAP Barcelona (Secc. 19) 19 noviembre 2020 (Jur 2020, 353427) y 3 junio 2019 (JUR 2019,178776) se establece que siendo preciso para que prospere la acción encaminada a recobrar la posesión de la concurren los tres requisitos siguientes: 1) La existencia de la posesión o la tenencia de la cosa o derecho en el promotor del interdicto, la legitimación, siendo suficiente a estos efectos para activarla la mera detentación. 2) La certeza y realidad de los actos perturbadores o de despojo efectuado por la persona o personas contra las que se dirige la demanda. 3) Que tales actos hayan sido realizados con menos de un año de antelación a la fecha de ésta. También se exigen los mismos requisitos, entre muchas otras, en las SAP Barcelona (Secc. 17) 10 junio 2020 (Jur 2020, 236512) e SAP Islas Baleares (Secc. 4) 19 junio 2020 (Jur 2020, 251270).

71 La SAP Barcelona (Secc. 17) 10 junio 2020 (Jur 2020, 236512) estima que “no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo, y el art. 447.2 LEC, cuando establece que no producirán efecto de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión”. La SAP Islas Baleares (Secc. 4) 19 junio 2020 (Jur 2020, 251270) fija en un año el ejercicio de la acción interdictal que “establece el artículo 439.I LEC y que se viene considerando como de caducidad, de manera que transcurrido el mismo sin que el derecho subjetivo a recabar la protección posesoria se ejercite, éste deja de existir”. En las SSAP Valencia (Sec. 11ª) 3 junio 2019 (JUR 2019,269278) y 4 octubre 2017 (JUR 2018, 24570) se exige que “la demanda de protección posesoria o de interdicto de recobrar se interponga dentro del año siguiente al acto de despojo o de perturbación, de forma que de no hacerse así la demanda será inadmitida o rechazada conforme a lo establecido en el art. 439.I de la L.E.C., fiel trasunto procesal de lo que sustantivamente dispone el art 460.4 del C.C., plazo anual este que presupuesto para el éxito de la acción posesoria, ha de tenerse como de caducidad, y por tanto apreciable de oficio y no susceptible de interrupción”.

desahucio por precario o de la acción de tutela de los derechos reales inscritos ex art. 41 LH.

5. En algunas sentencias se ha venido exigiendo un quinto requisito: la concurrencia del denominado *animus spoliandi*, es decir la conciencia del demandado de estar actuando en contra de la posesión de otro, es decir la intención dolosa de despojar al actor de la posesión del terreno objeto de despojo o perturbación, o lo que es lo mismo, la conciencia que el despojante o perturbador tiene de que el acto que comete es fruto de un obrar arbitrario o indebido, sin título adecuado que lo autorice. Este ánimo, de ordinario, se presupone por ir embebido en la propia conducta desposesoria⁷².

3. Ventajas y desventajas de las acciones interdictales

El juicio verbal sobre tutela de la posesión es un procedimiento sumario y por lo tanto no produce efectos de cosa juzgada tal como se establece en el art. 447.2 LEC⁷³. En consecuencia, se tendrán que resolver en un posterior juicio declarativo las cuestiones relativas a quien tiene un mejor derecho sobre la posesión de la cosa o incluso sobre la propiedad de la misma. No obstante, en los procedimientos contra ocupantes ilegales no suele ser habitual que estos acudan al posterior juicio declarativo plenario⁷⁴. Puesto que una vez que han sido desalojados carecen de interés en proseguir ningún tipo de pleito.

La acción sumaria de tutela de la posesión tiene por objeto evitar la realización arbitraria del propio derecho y tiene su fundamento en el art. 441 CC. En cuanto a la legitimación pasiva las acciones interdictales, ya que persiguen la conservación o recuperación de la posesión, pueden interponerse contra todos aquellos que hayan perturbado o desposeído a otro de la posesión que con el ejercicio de la acción se quiere reponer.

La aplicación de las acciones interdictales para los supuestos de ocupación ilegal presenta algunos inconvenientes. La necesidad de que el actor tenga que acreditar haber sido el poseedor real, físico y tangible del inmueble, antes de la desposesión; también está el hecho de que la sentencia que se dicta no produzca efectos de cosa juzgada ni puede entrar a conocer sobre el derecho a poseer, han hecho que este procedimiento haya quedado actualmente relegado respecto al

72 En estos términos ha sido configurado el “animus spoliandi” en las SAAP Valencia (Sec. 11ª) 3 junio 2019 (JUR 2019,269278) y 4 octubre 2017 (JUR 2018, 24570). La SAP Murcia (Sec. 1ª) 7 marzo 2016 (JUR 2016, 77145), estima que “siendo la finalidad de este procedimiento el proteger el ejercicio activo de los actos posesorios acreditados y evitar las vías de hecho, considerando que el “animus spoliandi” se desprende del propio acto de colocar la puerta para cerrar el acceso al camino”.

73 En el art. 447.2 LEC se establece que “no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión”.

74 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal”, cit., estima que casi nunca ocurre que los ilegítimos ocupantes inicien el juicio declarativo para reproducir el objeto del proceso con mayor amplitud.

desahucio por precario para la recuperación de los inmuebles ocupados⁷⁵. Hay que tener en cuenta que en ocasiones el propietario que ha sufrido la ocupación de su casa no ha llegado a poseerla materialmente, como sucede cuando alguien compra o hereda una casa que había estado largo tiempo desocupada⁷⁶. Otro inconveniente proviene del hecho de la brevedad del plazo de caducidad de los interdictos limitado a un año desde el acto de la perturbación o del despojo (art. 439.I LEC)⁷⁷. De ahí que una táctica utilizada en las contestaciones a las demandas en los juicios de desahucio por precario o en los que se ejercitan las acciones para la defensa de los derechos reales inscritos sea la de alegar la inadecuación de procedimiento, para así reconducir el procedimiento a uno de tutela sumaria de la posesión para poder alegar la caducidad de la acción.

En cuanto a la legitimación activa para su ejercicio corresponde no sólo el poseedor a título de dueño sino también al simple ocupante o al mero detentador, como así se desprende del art. 446 CC que establece que “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”. En cuanto a la legitimación pasiva, la jurisprudencia, de modo similar a como hemos comentado en el desahucio por precario, ha venido admitiendo la posibilidad de demandar a los desconocidos ocupantes del inmueble ocupado.

IV. EL DESALOJO EXPRES PARA LA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS.

I. La necesidad de un procedimiento recuperatorio rápido.

La Ley 5/2018, también conocida con el nombre de “ley anti-okupas” se publica como una solución ante la inoperancia de los procedimientos civiles para la pronta recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente⁷⁸. En todos esos mecanismos civiles se demora excesivamente la recuperación del inmueble con la consiguiente frustración de las expectativas de los propietarios⁷⁹. Con los tradicionales procedimientos civiles y sus sistemas de recursos pueden tardarse

75 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 67.

76 RODRÍGUEZ MESA, A.: “Necesidad de la reforma”, cit., entiende que el requisito del “despojo de la posesión” que se exige en el art. 250.I.4 LEC no concurre en aquellos que no han tenido tiempo material a poseer antes del despojo, como sucede en el caso de que en el inmueble hubiera habido otros okupas con carácter previo a los actuales o en los supuestos de herencias yacentes.

77 RODRÍGUEZ MESA, A.: “Necesidad de la reforma”, cit.

78 Nos gusta más la expresión desalojo expreso no induce a confusión. Este término ha sido en la doctrina por: BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, cit.,

79 Ya se ha aplicado el nuevo procedimiento de tutela sumaria entre otras muchas resoluciones, en la SAP Barcelona (Sec. 19) 19 noviembre 2020 (Jur 2020, 353427), SAP Barcelona (Sec.17^a) 16 junio 2020 (JUR 2020, 231959), SAP Barcelona (Sec. 17) 10 junio 2020 (Jur 2020, 236512), JPI Badajoz (núm. 7) 20 marzo 2020 (Jur 2020, 168700), JPI Palma de Mallorca (núm. 21) 10 marzo 2020 (Jur 2020, 141382), JPI León (núm. 9) 4 diciembre 2019 (Jur 2020, 162902) y JPI León (núm. 9) 17 abril 2019 (Jur 2020, 162423).

meses e incluso años hasta conseguir la recuperación de las viviendas ocupadas⁸⁰. En el Preámbulo de la Ley 5/2018 se explica que mediante esta reforma legislativa “se adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión” con el fin de lograr la pronta recuperación de la posesión de una vivienda de la que el demandante ha sido ilegalmente despojado (con violencia sobre la cosa misma o de manera clandestina)⁸¹. De ahí que propongamos la expresión de “interdicto exprés” para diferenciar esta nueva figura de los tradicionales interdictos que, como ya hemos mencionado, no han sido suprimidos con la nueva ley sino que coexisten con el nuevo procedimiento⁸². Al nuevo procedimiento también se le ha denominado “desalojo exprés” o incluso como “desahucio exprés”, expresión que no nos gusta por inducir a confusión con los desahucios por falta de pago del arrendamiento⁸³. Asimismo, se ha utilizado la denominación de “procedimiento de desalojo exprés para la recuperación de viviendas ocupadas”⁸⁴.

Desde un punto de vista sistemático hubiera sido más conveniente que este nuevo procedimiento hubiera sido incorporado en un nuevo numeral dentro del art. 250.I. LEC; de para evitar la impresión de que este nuevo cauce por suponer una modificación de las acciones de tutela sumaria de la posesión (los antiguos interdictos posesorios) haya supuesto la desaparición de los antiguos interdictos. No obstante, al comentar las acciones de tutela sumaria ya hemos avanzado que estas acciones no se han visto afectadas por la Ley 5/2018 y, en consecuencia, pueden continuar utilizándose en aquellos procedimientos contra okupas por las

80 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 62, destaca como una causa de la excesiva tardanza en la recuperación de la posesión el hecho de que en estos pleitos difícilmente se permite la ejecución provisional en primera instancia por estar afectado el derecho a la vivienda de los ocupantes, de modo que para efectuar el lanzamiento de estos hay que esperar hasta que sea firme la sentencia de desahucio dictada en segunda instancia.

81 HINOJOSA SEGOVIA, R.: “La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales”, *Notario del siglo XXV*, núm. 80, julio-agosto 2018. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-80/opinion/opinion/8787-la-defensa-de-los-derechos-de-los-titulares-legitimos-frente-a-las-ocupaciones-ilegales>. (Consultado: 14-04-2021), estima que la reforma operada por la Ley 5/2018, se centra en medidas de carácter procesal civil referentes al tradicional interdicto de recobrar la posesión que ha sido adecuado y actualizado. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: “La reforma procesal”, cit., estima que se trata de una remodelación sustancial del juicio verbal sumario de tutela sumaria de la protección ex art. 250.I.4ª, el antiguo interdicto de recobrar la posesión.

82 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial del “interdicto de recobrar la posesión” de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/> (Consultado el 3-04-2021), estima que la reforma operada por la Ley 4/2018 mantiene la regulación primitiva para la tutela sumaria de la posesión. En consecuencia, los antiguos interdictos podrán utilizarse en todos aquellos casos de ocupación incontestada locales de negocio, edificios sin terminar, trasteros, plazas de garaje.

83 La expresión desahucio exprés pueden inducir a equívocos puesto que ya ha sido utilizada por la doctrina para referirse a las reformas introducidas por LAU con Ley 19/2009, de 23 de noviembre, Medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. Por todos vid. DE PÁRAMO ARGÜELLES, M.: “Arrendamientos urbanos de vivienda: evolución legislativa y jurisprudencial en relación a la protección del arrendador: su aplicación práctica”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 77, febrero 2010. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/arrendamientos-urbanos-vivienda-arrendador-77920178>. (Consultado el 6-04-2021). Establece esta autora que: “el llamado desahucio exprés, supone la modificación de la LAU y de la LEC para impulsar, además, el desarrollo del mercado de alquiler., y de la Ley de Propiedad Horizontal, para facilitar acciones que mejoren la eficiencia energética de los edificios”.

84 BONET NAVARRO, J.: “III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada” en *Los juicios por desahucio*, cit.

personas jurídicas que carecen de legitimación activa para utilizar el “interdicto exprés” o cuando la “okupación” recaiga sobre inmuebles que no tengan la condición de viviendas⁸⁵. De ahí que en alguna sentencia se haya dicho que con la Ley 5/2018 se ha creado un “subproceso o nuevo procedimiento privilegiado” de modo que como hemos dicho por una cuestión de claridad expositiva debería de haberse regulado este cauce procesal en un numeral separado⁸⁶.

La Ley 5/2018 también ha provocado la modificación de otros preceptos de la LEC (arts. 150, 437, 441 y 444) que afectan al procedimiento de la tutela sumaria interdictal⁸⁷. Mediante la reforma de estos preceptos se ha creado un procedimiento rápido que ha acortado muchísimo los plazos para obtener la restitución de las viviendas ocupadas. Este proceso especial se ha convertido en una eficaz alternativa, en el ámbito procesal civil, a la tutela penal prevista en el art. 245.2 CP para las ocupaciones pacíficas de inmuebles, si bien restringido a viviendas y solo disponible para un número acotado de personas.

Una cuestión que ha preocupado a la doctrina, como ya hemos comentado, ha sido que el Preámbulo de la ley 5/2018 se hayan efectuado críticas a los otros procedimientos civiles previstos en el art. 250.I LEC para recuperar la posesión. Puesto que se produce la impresión que se está impidiendo la utilización de otros mecanismos de tutela de la posesión o que incluso quienes estén legitimados para utilizar el “interdicto exprés” están obligados a utilizar esta vía y no puedan elegir otra⁸⁸. Como iremos analizando en este trabajo, los propietarios de viviendas continúan teniendo absoluta libertad para elegir entre la vía penal como la civil para la protección de la posesión. Asimismo, los propietarios continúan gozando de absoluta libertad para elegir el procedimiento civil que tengan por conveniente para la recuperación de la posesión perdida.

2. Restricciones de uso del nuevo procedimiento.

La utilización del nuevo procedimiento de tutela posesoria, como ya hemos avanzado, está sometido a toda una serie de restricciones de las que carecen, no sólo los interdictos sino el resto de procedimientos de tutela posesoria regulados en el art. 250.I LEC. La primera limitación del nuevo cauce legal tiene carácter objetivo.

85 BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, cit., también habla de un procedimiento *ex novo*. De modo que cabe inferir que se mantienen inalterables las acciones de tutela sumaria de la posesión.

86 SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436)

87 La Ley 5/2018 también ha añadido un nuevo apartado 4 al art. 150; modifica el numeral 4º del apartado I del art. 250 LEC; adiciona un nuevo apartado 3 bis al art. 437; añade un nuevo apartado I bis al art. 441 y, finalmente, incluye un nuevo apartado I bis al art. 444.

88 En las SSAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y 9 junio 2020 (JUR 2020\208409) se estima que las manifestaciones de su Preámbulo puedan generar confusión por las críticas que se efectúan a las acciones civiles que se reconocen en los numerales 2I, 4I y 7º del art. 250.I LEC. Entre otras cuestiones, en ambas resoluciones se establece que la parte demandante puede elegir si lo estima conveniente el desahucio por precario en vez del procedimiento ley 5/2018.

Puesto que la protección procesal reforzada introducida por la Ley 5/2018 no puede utilizarse para la recuperación de cualquier inmueble, sino únicamente a las viviendas. Si bien no es necesario que estas tengan la condición de morada del propietario o poseedor legítimo de las mismas⁸⁹. De modo que no se puede aplicar este procedimiento rápido para la recuperación de la posesión otros inmuebles ocupados como edificios, naves o locales aunque sean propiedad de personas físicas o entidades sin ánimo de lucro o entidades públicas. Entendemos que debería de haberse ampliado el ámbito objetivo de la reforma a todos aquellos inmuebles susceptibles de un uso social como centros médicos o asistenciales, bibliotecas, ludotecas, locales de reuniones de asociaciones de vecinos. En la doctrina se estima que no puede aplicarse este cauce especial en aquellos casos en los que se adquiera por cualquier negocio jurídico una vivienda que ya estaba ocupada, puesto que el nuevo adquirente no tenía la condición de poseedor en el momento del despojo⁹⁰. Sin embargo, entendemos que si el transmisor de la vivienda tenía la condición de legitimado activo para interponer el “interdicto exprés” y el nuevo adquirente también tiene esa misma condición (piénsese en quien hereda una vivienda de su padre que ha sido ocupada ilegalmente) sí que se produciría transmisión de la acción por sucesión universal o singular según los casos.

La segunda limitación se refiere a los elementos personales. Únicamente están legitimados activamente para la utilización de este procedimiento para la inmediata recuperación de una vivienda o parte de ella, “siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, las personas físicas que sean propietaria o poseedoras legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social” (art. 250.1.4 LEC)⁹¹. Se producen situaciones en las que hay que determinar si la sociedad poseedora de vivienda social es pública o privada, puesto que en este último caso no estará legitimada activamente⁹². No obstante, las entidades públicas pueden ser poseedoras sin tener la condición de propietarias, al igual que sucede con las personas físicas; si bien hay que recalcar que la condición de vivienda social del inmueble, de modo que el resto de viviendas de las entidades

89 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 63; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.

90 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.

91 En la AAP Álava (Secc. I) 29 septiembre 2020 (Jur 2021, 65686) no se admite la legitimación para utilizar el nuevo procedimiento de tutela sumaria para la recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente a la empresa Alokabide SA porque es una “compañía mercantil”, inscrita en el Registro Mercantil de Álava, y representada por un administrador solidario. Como dice la Juez de instancia, una mercantil, sea cual sea la procedencia de su capital, no puede ser asimilada a una entidad pública a los efectos de utilizar en su beneficio un procedimiento como éste”.

92 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, estima que no podrá utilizar el nuevo cauce procesal la SAREB (Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria), puesto que “pese a tener mayoritaria participación estatal es privada, pero sí el FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), que es pública, y al tiempo, puede ser propietaria o poseedora de vivienda social. En la misma situación se encontrarán otras sociedades públicas de ámbito estatal, autonómico o local, con semejante patrimonio”.

públicas que carezcan de esta condición no podrían acogerse a los beneficios del nuevo procedimiento⁹³. Para algún sector doctrinal, no se termina de entender que no se permita la utilización del “desalojo exprés” a los colectivos que más sufren la “okupación” como los bancos, inmobiliarias, fondos de inversión y las sociedades patrimoniales⁹⁴. Especialmente cuando esas ocupaciones son llevadas a cabo por auténticas mafias o profesionales de la “okupación”. Por lo que se considera que se trata de una restricción de la tutela judicial inexplicables y no se entiende porqué todas esas entidades han de ser de peor derecho que los particulares o las entidades sin ánimo de lucro y las entidades públicas⁹⁵. Incluso ha llegado a señalarse que esta restricción de los legitimados activos puede provocar un efecto llamada de los ocupas sobre las viviendas pertenecientes a los colectivos discriminados⁹⁶. De ahí que en la doctrina se ha denominado privilegiado a este procedimiento porque su utilización queda limitada a una serie de personas físicas y jurídicas⁹⁷. Los legitimados pasivamente en el desalojo exprés son los “okupas” que son todas aquellas personas que carecen de título suficiente para seguir ocupando la vivienda.

La tercera limitación se refiere a la clase de posesión protegida. Mientras que en el interdicto clásico se protege el mero hecho de la posesión, en el nuevo proceso solo se protege la posesión que tenga su respaldo en un derecho de propiedad o en otro derecho real e incluso personal que lleve aparejada la posesión. Así se deduce del enunciado del art. 250.I.4 LEC que al formular la

-
- 93 En la SAP Barcelona (Sec.17ª) 16 junio 2020 (JUR 2020,231959) tenemos un caso de entidad pública que es poseedora de vivienda social aunque no es propietaria: “La legitimación activa de l’Agència de l’habitatge de Catalunya ha quedado plenamente acreditada con los documentos 1 y 2 aportados por la actora. No es preciso ser la propietaria del inmueble, como indica la norma en que se fundamenta la demanda. Y la demandante tiene legitimación activa, ya que es una entidad pública poseedora legítima de la vivienda social, puesto que ha acreditado que tiene un contrato de mandato, de seis años de duración, suscrito con los titulares registrales de la vivienda”.
- 94 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 132, III, Época II, diciembre 2020, pp. 191-223. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/estudio-jurisprudencial-cuestiones-controvertidas-857503800> (consultado el 4-04-2020), p. 193, señala que las entidades públicas también están excluidas de la protección de la Ley 5/2018 en el caso de que sufran ocupaciones de inmuebles que no sean “vivienda social”.
- 95 Esta reducción de los legitimados activos de este procedimiento privilegiado ha sido criticada por PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 63; RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.198. Asimismo, HINOJOSA SEGOVIA, R.: “La defensa”, cit., critica la exclusión de las personas jurídicas por estimar que en adelante “es muy posible que los okupas se centren en viviendas de empresas ya que no gozan de dicha protección jurisdiccional”. BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, cit., estima que si la norma permite proteger a personas físicas que con múltiples viviendas (que no cubren una necesidad habitacional), no se entiende la discriminación a las entidades bancarias, puesto que sus viviendas, podrían ser compradas por personas físicas que las destinaran a su propia vivienda.
- 96 TORRES LÓPEZ, A.: “¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los Okupas en España? <https://blog.sepin.es/2018/06/reforma-lec-ocupacion-viviendas/>”. Estima como una injustificable discriminación, que en el nuevo procedimiento “las personas jurídicas, por el mero hecho de serlo, carezcan de las ventajas procedimentales que se conceden, como si todas aquellas tuvieran que ser bancos o los mal llamados “fondos buitres”, que, en cualquier caso, ni los primeros ni los segundos tienen por qué verse privados de aquellas. Resulta totalmente censurable el efecto llamada que esta situación puede provocar, máxime en movimientos okupas, perfectamente organizados, que no dudan en consultar previamente la titularidad registral de los inmuebles”.
- 97 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.193.

legitimación activa exige como requisito que la posesión despojada se base en un derecho. Así sucede cuando se permite la utilización de este procedimiento a “la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social”. Asimismo, para enervar la acción de recuperación de la vivienda ejercitada en este procedimiento se exige al demandado que aporte en el plazo de cinco días desde la notificación de la demanda “título que justifique su situación posesoria”. Así pues, a diferencia de las otras acciones de tutela sumaria de la posesión ya no se trata de dilucidar cuestiones de hecho (*ius possessionis*) sino que ahora se refiere al legítimo derecho a poseer (*ius possidendi*) y, en consecuencia, hay que determinar quien cuenta con el mejor derecho a poseer la vivienda. De modo que en nuestra opinión se trata de un procedimiento híbrido que se encuentra a mitad camino entre el desahucio por precario y los antiguos interdictos, con los que comparte su condición de procedimiento sumario y sometido al plazo de caducidad de un año, por lo que nos reiteramos en que por sus peculiaridades este cauce legal debería de haber sido regulado en un nuevo numeral del art. 250.I LEC⁹⁸.

3. La olvidada comunidad de propietarios de propiedad horizontal.

Las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal han sido los grandes olvidados por la reforma operada por la Ley 5/2018. Si bien es cierto que estas comunidades no sufren directamente la privación de viviendas que tengan la condición de elemento común, aunque podría darse el caso con las viviendas que se han quedado vacías de los antiguos porteros, sin embargo, sufren de manera directa los perjuicios de tener vecinos ocupas⁹⁹. Los legales ocupantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal pueden sufrir apropiaciones del fluido eléctrico o incluso de agua, daños por mal uso de los elementos comunes como los ascensores, ruidos, suciedad y sobre todo la no contribución a los gastos comunes por parte de los ocupas. En ocasiones, como sucede con los denominados “narcopisos” se produce un deterioro absoluto de la convivencia por el continuo trasiego de gente por los accesos al edificio. En nuestra opinión, la ley tendría que haber aprovechado la ocasión y dotar a las comunidades de propietarios de un mecanismo para instar al desalojo de los ocupas cuando estos causen daños y perjuicios que afecten a la convivencia. Para ello se debería de haber modificado

98 BONET NAVARRO, J.: “III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada” en *Los juicios por desahucio*, cit., estima que procede el plazo de un año puesto que el art. 391.I LEC es categórico al señalar ese plazo para las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión.

99 Este olvido de las comunidades de propietarios ha sido puesto en evidencia por la doctrina: BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, cit., BONET NAVARRO, J.: “III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada” en *Los juicios por desahucio*, cit. Asimismo por FUENTES-LOJO RIUS, A.: “¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda portería?”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

la acción de cesación contemplada por el art. 7 LPH que permite al presidente de la comunidad solicitar al juzgado que ordene a los ocupantes, que ya han sido reiteradamente requeridos al respecto, el cese de las “actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas” e incluso “la privación en el uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años”. La vía del art. 7 LPH tendría que modificarse y permitir directamente la privación del uso de la vivienda o local cuando se careciese de título que justificase la ocupación. De este modo no habría que esperar a la producción de los daños que en muchas ocasiones van a producirse con toda seguridad. Entendemos que la vía más adecuada hubiera sido la inclusión de un nuevo ordinal en el art. 250.I LEC, en el que debería de incluirse un “incidente de privación inmediata de la posesión” que podría aplicarse asimismo en todos los otros casos previstos en el art. 7 LH. En la “Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas” (122/000066) del grupo parlamentario de Ciudadanos se hizo esta propuesta¹⁰⁰.

4. Requisitos para de la demanda y para el ejercicio de la acción.

El procedimiento a seguir, por tratarse de una acción posesoria de recobrar la posesión será el procedimiento verbal, si bien con las ya comentadas especialidades que han sido introducidas por la Ley 5/2018 para lograr su propósito de inmediatez en la devolución de la posesión¹⁰¹. La demanda tendrá que cumplir con toda una serie de requisitos¹⁰²: 1) Deberá solicitarse la inmediata entrega de la posesión de

100 El nuevo art. 7 LH de la proposición sufría diversas modificaciones, de las que destacamos las de su apartado 2: “Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca, que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas o, en particular, que resulten de la ocupación ilegal del piso o local cuando afecten a la seguridad y a la convivencia con el resto de los propietarios o inquilinos. Asimismo, en el apartado 5 se establecía que: “5. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local. En caso de que se fundare en la ocupación ilegal de la vivienda o local, la demanda podrá asimismo dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación a quien se encontrare en el inmueble al tiempo de llevarla a cabo”. Asimismo, entre otras modificaciones se introduce un nuevo numeral 2° bis al art. 250.I LEC que permite decidir en juicio verbal las demandas que “pretendan el lanzamiento o desalojo y la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, por parte de su dueño o usufructuario, por haber sido desposeído de ella sin su consentimiento”.

101 En las SSAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y 9 junio 2020 (JUR 2020,208409) hay referencias a la Ley 5/2018, aunque no la aplican por tratarse de supuestos en los que el propietario de los inmuebles es persona jurídica. En ambas sentencias se estima que el nuevo mecanismo rápido para la recuperación de las viviendas ocupadas se trata de un nuevo procedimiento de tutela sumaria de la posesión. Se señala que para ello se reforma el interdicto de recobrar la posesión ex art. 250.I.4° adicionando un nuevo procedimiento desarrollado por los arts. 437, 441 y 444 LEC. Destacan que como novedad se introduce la posibilidad de un “incidente” muy rápido para conseguir la efectiva recuperación de la posesión sin esperar a la toma de posesión en lo que pudiera parecer una suerte de proceso cautelar y monitorio por presentar características de ambos, pues parece destinado, no a asegurar el resultado del procedimiento principal sino a adelantarle, colocando al ocupante en una posición en la que, o bien acreditada en un breve plazo -cinco días- el título en virtud del cual ocupa la vivienda o bien es desalojado. Concluyen que la ley 5/2018 introduce toda una serie de especialidades al existen juico para la tutela sumaria del art. 250.I.4° establece un subproceso, con unos trámites más ágiles y breves.

102 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 63.

la vivienda; 2) Se necesario que se aporte el título en que el demandante funde su derecho a poseer (art. 437.3 bis LEC)¹⁰³; y 3) Será necesaria la intervención de abogado y procurador.

Los requisitos para que prospere la acción del “desalojo exprés” contiene algunas diferencias respecto de las que exigidas para el éxito de las acciones de tutela sumaria de la protección:

1) Que la persona demandante, además de estar incluida en el grupo de las descritas en el art. 250.1.4 II LEC sea propietaria o poseedora legítima por otro título¹⁰⁴. A diferencia de los clásicos interdictos en este nuevo procedimiento ya no se protege la mera posesión de hecho (*ius possessionis*), siendo requisito indispensable que la posesión del actor esté fundada en un derecho de propiedad o en un derecho real o personal que lleve aparejado la posesión (*ius possidendi*)¹⁰⁵. De modo que ahora ya no se protege la posesión de hecho sino la de derecho¹⁰⁶.

El actor solo puede ser quien ha sufrido directamente el despojo de su posesión legítima sobre la vivienda, no puede ejercer esta acción el poseedor mediato como el propietario arrendador cuando se ha ocupado la vivienda que tiene alquilada a un tercero¹⁰⁷. 2). Que el objeto de la pretensión sea una vivienda, si bien como hemos señalado no se exige que tenga la condición de morada. 3). Que el demandante haya sido privado de la posesión sin consentimiento (se haya visto despojado de la posesión contra su voluntad). Para el caso de que existiera previamente un consentimiento o bien un uso tolerado no podría acudir a este proceso, sino que en este caso estaríamos ante un proceso de desahucio por precario - art. 250.1.2º LEC . 4). Que la demanda se presente antes de haber

103 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit., dice que: “El título que estas personas físicas pueden esgrimir es la propiedad o cualquier otra forma legítima de posesión. En consecuencia, están amparados arrendatarios, precaristas, usufructuarios, titulares de derecho de superficie, y cualquier otro título jurídico que facilite la tenencia o posesión de la vivienda”. BONET NAVARRO, J.: “III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada” en *Los juicios por desahucio*, cit., admite que la persona que ha sufrido la ocupación pueda incluso aportar un título de precarista.

104 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit., estima que el título exigido por el art. 437.3 bis LEC, podrá ser cualquiera escritura pública o documento privado que acredite propiedad o posesión. Las especialidades subjetivas de este nuevo cauce procesal posibilitan la admisión de “convenios entre bancos, instituciones públicas y las entidades sin ánimo de lucro a las que se cede parque inmobiliario con la finalidad de que pueda facilitarse vivienda que atienda personas especialmente vulnerables”.

105 En parecidos términos la SJPI de Santa Coloma de Gramenet (Provincia de Barcelona) 2 octubre 2020 (JUR 2020,354070).

106 BONET NAVARRO, J.: “III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada” en *Los juicios por desahucio*, cit., estima que la parte demandante ha de ser propietaria o poseedora real legítima puesto que no se protege la posesión de hecho, sino siendo requisito indispensable ser titular de un derecho a poseer, *ius possidendi*.

107 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal”, cit., estima que en este caso únicamente el arrendatario desposeído estará legitimado para interponer la acción.

transcurrido el plazo de un año desde los actos de despojo¹⁰⁸. Se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción.

5. Mecanismos para la reducción del tiempo de desalojo.

El éxito de este nuevo procedimiento radica en que se traslada a un incidente, en el inicio del proceso, el momento en el que el Juez tiene que determinar si los okupas tienen título suficiente para continuar ocupando la vivienda (art. 441.I bis II)¹⁰⁹. En el caso de no se presente título alguno, o que el presentado sea de peor condición que el que ha acompañado al demandante, el juez decretará la entrega inmediata de la posesión de la vivienda al actor, que no hay que olvidar que es la pretensión principal de la demanda que ahora se anticipa con la nueva regulación. Esta decisión judicial no admite recurso alguno y en consecuencia se produce el inmediato lanzamiento de los ocupantes que se encuentren en ese momento en la vivienda. Una vez producido el desalojo se continuará la tramitación del procedimiento hasta que se dicte sentencia, pero con la ventaja de que el actor ya ha recuperado la posesión de la vivienda¹¹⁰. En la doctrina se ha criticado que este incidente, en caso de no justificarse el título de posesión no ponga fin al fondo del asunto.¹¹¹ El comentado incidente no tiene carácter obligatorio para el actor, por lo que tendrá que solicitarse a instancia de parte, tal como se deduce de la utilización del condicional en la redacción del art. 441.I bis II¹¹². No obstante, en la doctrina se destaca que la aportación de la justificación por el demandado se efectúa sin necesidad de estar personado y sin asistencia letrada, de modo que serán el juez el que decida si las manifestaciones y eventuales documentos constituyen “justificación suficiente”¹¹³.

108 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal”, cit.,

109 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.; estima que se trata de una petición cautelar que denomina incidental que recoge la “inmediata entrega de la posesión de la vivienda” que es precisamente el objeto de la pretensión principal. Constituye un trámite incidental, en primer lugar, porque sólo puede tener lugar si se solicita por el actor. Además, el plazo de 5 días para aportar el demandado el título es distinto de los 10 previstos en el art. 438.I LEC para contestar a la demanda. Finalmente, en el art. 441.I bis II LEC así lo considera al indicar que “contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno”. Por su contenido se trata de un incidente de naturaleza cautelar, puesto que anticipa una parte del fallo mediante la entrega inmediata de la posesión.

110 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 63.

111 BONET NAVARRO, J.: “III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada” en *Los juicios por desahucio*, cit., admite la naturaleza de este incidente está desaprovechada, pues no se configura como un procedimiento adelantado, aunque sea sumario, sino como una especie de medida cautelar especial en la que se utilizan algunos aspectos de la técnica monitoria. Por el contrario, hubiera sido deseable que el incidente hubiera sido más expeditivo y hubiera producido la finalización del desahucio en el caso de no justificarse la posesión. Sin embargo, ahora igualmente hay que entrar en el fondo del asunto.

112 Establece el art. 437.3.bis LEC que “Si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de 5 días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria”.

113 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.; señala que la norma no exige que el título para justificar la ocupación tenga que ser necesariamente escrito. Así pues, cabe alegar que hubo autorización del propietario o de un anterior poseedor.

En el caso de aportarse justificación suficiente el procedimiento, tras el pertinente auto en que se desestime la pretensión incidental, continuará su tramitación hasta que se dicte sentencia. Se ha destacado también que durante este trámite incidental el ocupante no puede utilizar la segunda causa de oposición que es la falta o la suficiencia del título del actor. De modo que esta cuestión solo se puede alegar al contestar a la demanda¹¹⁴. Este incidente tiene un precedente en el art. 447.3 bis LEC relativo al desahucio por falta de pago aunque en ese caso no se trata de una medida cautelar sino de un señalamiento anticipado de desalojo¹¹⁵.

La segunda medida importante de la reforma ha sido la incorporación de la práctica judicial de que en los juicios de desahucio la demanda pueda dirigirse, contra los desconocidos o ignorados ocupantes de la vivienda (nuevo art. 437.3.bis LEC)¹¹⁶, sin perjuicio de que se tenga que efectuar la notificación de la demanda a la persona que se encuentre en el inmueble en el momento de llevarse a cabo la notificación (nuevo art. 441.I.bis LEC)¹¹⁷. Como ya hemos venido señalando, la demanda contra ignorados ocupantes ya había venido siendo utilizada por la jurisprudencia en prácticamente la totalidad de los procedimientos de tutela de la posesión del art. 250.I LEC¹¹⁸. Se trata de personas no identificadas pero identificables sin necesidad de acudir a unas improbables diligencias preliminares, o difíciles gestiones de identificación¹¹⁹. El funcionario judicial que intervenga en la diligencia de entrega de la demanda al notificar ésta a quien se halle en la vivienda, a los efectos de evitar la indefensión de los demandados, tendrá que explicar que se puede acudir al juzgado para personarse (para lo que será preceptivo abogado y procurador), para contestar a la demanda (con idéntica exigencia), así como la posibilidad de que aporte el "título que justifique su situación posesoria", en el plazo de cinco días si así ha sido solicitado en la demanda tal como dispone el

114 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Una visión judicial", cit.; dice que el título del actor ya fue examinado por el Letrado de la Administración de Justicia al dictar el Decreto de admisión de la demanda.

115 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: "La reforma procesal", cit.

116 Establece el art. 437 LEC (Forma de la demanda. Acumulación objetiva y subjetiva de acciones) en su apartado 3 bis que "Cuando se solicitase en la demanda la recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a la que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado I del artículo 250, aquélla podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación. A la demanda se deberá acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer".

117 Establece el art. 441 LEC (Casos especiales en la tramitación inicial del juicio verbal) en su apartado I bis que "Cuando se trate de una demanda de recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado I del artículo 250, la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquélla. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda. A efectos de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad. Si ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados [...]".

118 IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: "La reforma procesal", cit., resalta que no basta con dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes, sino que además se establece la notificación personal de la cédula de emplazamiento, la demanda y el decreto de admisión que podrá efectuarse a quien se encuentre habitando la vivienda. Matiza este autor, que esto en ocasiones no será fácil.

119 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Una visión judicial", cit.;

párrafo segundo del art. 441.I bis LEC¹²⁰. Frente a esta medida es previsible que los ilegales ocupantes continúen reaccionando de modo similar a como sucede con los otros procedimientos de tutela de la posesión, es decir negándose a recibir el emplazamiento, de modo que el Juzgado tendrá que realizar en el emplazamiento en la puerta de la finca y por edictos¹²¹.

La tercera medida de este nuevo procedimiento para acelerar el proceso de desalojo se refiere a la reducción de las causas de oposición a la demanda. La oposición de la parte demandada deberá reducirse exclusivamente a demostrar la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda, o bien en falta de título por parte del actor¹²² la (art. 444.I bis. LEC). De modo que este procedimiento carecerá de efectividad en aquellos casos en los que el demandado sí que tenga un título que ampare su situación posesoria respecto del inmueble, como puede ser un contrato de arrendamiento, usufructo, comodato, precario, etc¹²³. El título es oponible incluso en el caso en que el ocupante hubiese incumplido sus obligaciones contractuales de carácter esencial (impago de crédito hipotecario, impago de renta de alquiler) y que pudieran dar lugar a su desahucio por otras vías¹²⁴. Asimismo, en los casos de consentimiento inicialmente tolerado nos encontraremos ante la figura del precario y en consecuencia habrá que acudir al desahucio por precario del art. 250.I.2° LEC y no podrá usarse la vía del “interdicto exprés”¹²⁵.

La cuarta medida se refiere a la reducción del plazo para dictar sentencia. La sentencia estimatoria de la demanda permitirá su ejecución, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo general de veinte días previsto en el art. 548 LEC. Esta sentencia, como todas aquellas que recaen en procesos de tutela sumaria de la posesión, no produce efectos de cosa juzgada material ex art. 447.2 LEC, en consecuencia queda abierta la posibilidad de acudir a un procedimiento ordinario para dilucidar aquellas cuestiones que no tiene cabida en el procedimiento especial de tutela sumaria de la Ley 5/2018.

120 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit., precisa que para la aportación del título que justifique la situación posesoria de la parte demandada no será necesario comparecer con abogado y procurador puesto que en este acto no se va a comparecer como en juicio ni a actuar como litigante (arts. 23 y 31 LEC)

121 BONET NAVARRO, J.: “III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada” en *Los juicios por desahucio*, cit., señala que en el caso de negativa del okupa a recibir la notificación le será aplicable el art. 161.2 LEC, es decir que la copia de la resolución o de la cédula queda a su disposición en la oficina judicial produciéndose los efectos de la comunicación en todo caso.

122 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 63.

123 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.198, estima que por ese motivo en muchos de los procedimientos civiles para la recuperación de la posesión los “okupas” aleguen la existencia de contratos verbales con la propiedad o incluso presenten contratos ficticios, supuestamente firmados con terceros. Todo ello con la intención de prolongar al máximo la duración del juicio.

124 Así se manifiesta el abogado del Estado en su alegación contra el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 5/2018.

125 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.

6. El llamamiento a los servicios sociales.

Una vez admitida la demanda y se identifica al receptor de la misma y a los, en un principio, ignorados ocupantes, el reformado art. 441.1 bis LEC, exige que se dé traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social “por si procediere su actuación siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados”. En el caso de la falta de consentimiento de la persona a la que se ha entregado la demanda, que habrá sido identificada, o las demás que ocupen la vivienda y que también lo hayan sido, ya no será preceptiva la comunicación a los servicios sociales la situación¹²⁶. No obstante, el juzgado podría hacer una comunicación de oficio si llegara a apreciar una situación de especial vulnerabilidad, como sería el caso de existir menores¹²⁷.

En un nuevo art. 441.5 LEC, de redacción posterior al citado 441.bis LEC, se amplía la información al demandado sobre la posibilidad de acudir a los servicios sociales a los efectos de puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad¹²⁸. No obstante, ahora se exige que el Juzgado comunique de oficio la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En el caso de que estos servicios confirmen la existencia de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial. El proceso tendrá que declararse en suspenso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas. La suspensión será como máximo de un mes (o de tres en el caso de que el actor sea persona jurídica) a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales. Entendemos que transcurrido el plazo de suspensión el procedimiento se reanudará. Esta necesaria suspensión del procedimiento, desde un punto de vista humanitario, como ya hemos indicado no había sido prevista por la Ley 5/2018.

Finalmente, también han de intervenir los servicios sociales, si tras el “incidente” del art. 444.1.bis no se presenta el “título que justifique su situación posesoria” y el juzgado acuerda la inmediata entrega de la vivienda. El juzgado lo comunica para que éstos intervengan en el plazo de siete días desde que se dicta el auto que lo acuerda, con el objeto de que puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan¹²⁹. Es preciso, de nuevo, que se hubiera consentido tal intervención salvo que de acuerdo con el art. 441.5 LEC se hubiera comunicado de oficio por el juzgado esta situación a los servicios sociales.

126 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit., estima que esta medida es similar a la prevista en el art. 150.4 LEC para cuando en una resolución se contenga la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

127 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.

128 El número 5 del art. 441 introducido por el apartado tres del artículo tercero del RD Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

129 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.

7. Críticas al nuevo cauce legal.

No existe duda alguna de que si el titular de la vivienda ocupada es una persona física, una entidad sin ánimo de lucro o una entidad pública propietaria o poseedora de vivienda social, que el procedimiento civil más efectivo para recuperar la posesión de la vivienda ocupada es el del “interdicto exprés” del art. 250.I.4 LEC¹³⁰. Salvo el caso de que se trate de la vivienda habitual o incluso de una segunda vivienda de una persona física, puesto que en estos casos se podrá utilizar la vía penal que permite el desalojo de los ocupantes en el mismo instante en que la policía acuda a la vivienda ocupada. Puesto que nos encontramos antes un allanamiento de morada del art. 202 CP. Entre los inconvenientes del “desalojo exprés” para los que se encuentren legitimados activamente para su utilización está el hecho de que la demanda ha de interponerse antes de que transcurra el año de ocupación previsto en el art. 460.I CC y 439 LEC¹³¹. No hay que olvidar que nos encontramos con un procedimiento que comparte alguna de las características del interdicto de recobrar la posesión. Tampoco prosperará esta vía recuperatoria en aquellos casos de precario consentido en los que la ocupación se haya producido con el inicial consentimiento o tolerancia del propietario.

En consecuencia, la táctica de agotar todo el sistema de recursos que permitía a los ocupantes dilatar hasta años el momento de la restitución de la vivienda a su titular ahora se ha vuelto difícil de aplicar¹³². En la práctica mayoría de las sentencias que hemos aportado a este trabajo los “okupas” sólo continúan los procedimientos en tanto que les permite conservar el inmueble ocupado.

V. EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE LOS TITULARES CON DERECHOS REALES INSCRITOS.

I. La acción real del art. 41 LH.

El tercer procedimiento verbal para la recuperación de la posesión usurpada por los “okupas” se contempla en el art. 250.I.7 LEC, se trata de la denominada acción de “protección o de tutela sumaria de los derechos reales inscritos”. A este mecanismo también se le ha conocido como la “acción real ex art. 41 LH” puesto que en este precepto se encontraba regulado el procedimiento de protección

130 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 64.

131 El art. 439 LEC establece que no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo.

132 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit., establece un listado de las maniobras dilatorias que se utilizan con más frecuencia y que han quedado inutilizadas con el incidente de entrega inmediata de la posesión: “Incidencias como la solicitud del reconocimiento a litigar gratuitamente, la solicitud de abogado o procurador de oficio [agotando hasta el máximo el plazo antes del juicio oral, declinatorias, oposiciones sin fundamento con ánimo exclusivamente dilatorio, o suspensiones por no haber podido contactar el letrado designado de oficio con su cliente”. A este listado habría que añadir la clásica negativa de los ocupas a recibir el emplazamiento que ha de efectuarse en la puerta de la finca y mediante edictos.

de los derechos reales inscritos hasta la entrada en vigor de la LEC/2000¹³³. Con la nueva ley de procedimiento el art. 41 LH se ha convertido en una norma de remisión al art. 250.1.7 LEC -en relación con los arts. 137 y 138 LH- que pretende la efectividad de esos derechos¹³⁴. Se trata de una vía recuperatoria de la posesión que no ha sido utilizada con la misma frecuencia que el desahucio por precario, si bien lo ha sido un cierto éxito¹³⁵.

Este procedimiento sólo puede ser utilizado por los titulares de derechos reales que estén inscritos en el Registro de la Propiedad. Por esta vía se demanda la efectividad de esos derechos frente a quienes, sin disponer de título inscrito en el Registro, se opongan o perturben su ejercicio¹³⁶. Este procedimiento tiene carácter sumario de modo similar a como sucede con la acción de tutela sumaria de la posesión¹³⁷, en consecuencia, tiene un objeto reducido que en este caso se limita a determinar si quien ha perturbado o se opone al derecho real inscrito dispone o no de título suficiente que legitime o ampare su acción¹³⁸. Asimismo, mediante la acción ex art. 41 LH se pretende el restablecimiento de una situación posesoria a favor del titular registral, en base a la apariencia creada por la inscripción registral¹³⁹.

133 El vigente art. 41 LH establece que "Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente".

134 SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162), tras afirmar que el art. 41 LH se ha convertido en una norma de remisión, estima que la "incorporación de este procedimiento a la LEC responde al doble objetivo de unificar en un mismo juicio ordinario la gama de procedimientos sumarios y especiales que se incluyen en el art. 250, y de llevar el procedimiento relativo a la protección de la presunción posesoria derivada de la titularidad registral a la ley procesal común afirmando así el ámbito general del derecho procesal civil".

135 PERARNAU MOYA, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66.

136 PERARNAU MOYA, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66. Por ese motivo, RODRIGUEZ MESA, A.: "Necesidad de la reforma", cit.; estima que no puede utilizarse esta vía en el caso de los inmuebles no inmatriculados o pendientes de reanudación del tracto sucesivo.

137 La SAP Málaga (Secc. 5ª) 27 noviembre 2008 (AC 2009,120) estima que: "Se trata de un proceso sumario (la naturaleza sumaria del procedimiento se ve avalada por el hecho de que concurran en él las tres características que definen la sumariedad, toda vez : a) Hay una limitación de los medios de ataque en la medida en que sólo puede ser utilizado por los titulares del derecho real inscrito; b) Hay una limitación de los medios de defensa, y así las causas de oposición están limitadas en el artículo 444.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y c) Hay limitación de los efectos de la sentencia, porque ésta no produce lo propios de la cosa juzgada -artículo 447.3 de la LEC), en el que se permite al oponente o contradictor mediante la presentación de la oportuna demanda invocar derechos posesorios a los solos efectos de impedir el proceso de ejecución instado por el titular del derecho real inscrito pero sin que la resolución que en el mismo recaiga produzca efectos de cosa juzgada material".

138 RAMOS PÉREZ, J. J.: "La acción ex art. 41 de la ley hipotecaria". *Noticias. Jurídicas.com*, 23-10-2012. Disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4802-la-accion-ex-art-41-de-la-ley-hipotecaria/> (Consultado el 25-03-2020).

139 En la doctrina así se manifiesta PERARNAU MOYA, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66. En la jurisprudencia alguna sentencia de modo implícito pone de manifiesto la naturaleza ejecutiva de este procedimiento. Así la SAP Málaga (Secc. 5ª) 27 noviembre 2008 (AC 2009,120) establece que: "El procedimiento para la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad a que se refiere el artículo 250.1.7º de la LEC, en relación con el artículo 41 LH y artículos 137 y 138 de su Reglamento, queda concebido para que el titular que inscribió en el Registro su dominio o derecho real sobre inmueble que implique posesión, uso o servicio, obtenga el mismo resultado que hubiera conseguido ejecutando una sentencia a su favor, en ejercicio de acción reivindicatoria, confesoria u otra real, por la vía ordinaria, debiendo dirigirse su acción

No obstante, no se trata de un procedimiento estrictamente posesorio puesto que la presunción deriva del principio de legitimidad registral también alcanza a la existencia y titularidad del derecho¹⁴⁰. En el caso de que se sobrepase el objeto de este procedimiento habrá que acudir al procedimiento declarativo¹⁴¹.

Este proceso es de naturaleza ejecutiva, y no declarativa, puesto que su finalidad es obtener la efectiva posesión del dominio o de un derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad¹⁴². No obstante, una corriente doctrinal intermedia mantiene su naturaleza mixta, en aquellos casos en los que hay oposición por el demandado; en este supuesto se estima que existe una parte ejecutiva que se centra en el derecho inscrito mientras que la parte declarativa se refiere al derecho del opositor o perturbador¹⁴³. En la jurisprudencia también se plantean dudas sobre la naturaleza ejecutiva o declarativa de este procedimiento¹⁴⁴.

Este sistema de protección del titular que tiene inscrito su derecho no es más que una consecuencia del principio de legitimación registral del art. 38 la LH¹⁴⁵. De esta forma se dota al titular del dominio de una finca que está inscrito en el Registro, con una inscripción vigente y sin contradicción, de un mecanismo de defensa rápido y expeditivo contra aquellos que, sin tener título inscrito, se opongan o perturben el ejercicio de su derecho. Así pues, la legitimación activa en este procedimiento la tiene el titular registral del derecho y la pasiva la detenta

contra quien o quienes obstaculicen la posesión o el ejercicio de dominio inscrito, sin derecho que les permitan realizar los hechos perturbadores”.

140 Para la SAP Cáceres (Secc. 1ª) 11 octubre 2002 (AC 2002,1766) hay que tener en cuenta que “no se trata de un proceso estrictamente posesorio por cuanto si bien es propio para la defensa de derechos reales que llevan aparejada oposición, la presunción alcanza no sólo a éste, sino también a la existencia y titularidad del derecho que le comprende no obstante lo cual, por sumariedad y las limitaciones que comporta, tampoco es el cauce apto para la declaración definitiva de derechos, ni para dejar resueltas las cuestiones complejas que pueden plantearse”.

141 En este sentido el AAP Barcelona (Secc. 11ª) 18 mayo 2006 (JUR 2006, 260003) establece que: “debe compartirse el razonamiento que considera excedido el cauce de las acciones posesorias basadas en derechos reales inscritos por cuanto se solicita también la declaración de dominio de dicha zona y de accesión de lo edificado en ella, lo que debe ventilarse en juicio ordinario.

142 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 66.

143 RAMOS PÉREZ, J. J.: “La acción ex art. 41”, cit.

144 Así la SAP Málaga (Secc. 5ª) 27 noviembre 2008 (AC 2009,120) estima que “La naturaleza jurídica de esta acción es y ha sido muy discutida, ya se considere un procedimiento ejecutivo dirigido a la tutela de los derechos amparados por los asientos registrales, ya un auténtico proceso declarativo, pero, en todo caso y cualquiera que sea el criterio sostenido, lo cierto es que presenta un carácter especial, singular y expeditivo, orientado a la protección de los derechos reales inscritos”. En términos muy parecidos se manifiesta la SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162).

145 La SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) dice que el procedimiento del art. 250.1.7. LEC consiste en un procedimiento dirigido a la protección posesoria de los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad que pretende la efectividad de esos derechos con base al principio de legitimación del art. 38 LH frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o perturbación. La SAP Islas Baleares (Secc. 3ª) 3 octubre 2006 (JUR 2007, 251371) estima que protección de este procedimiento “no es sino una consecuencia procesal de la presunción de exactitud derivada del principio de legitimación registral, tanto en el aspecto de presunción de la titularidad del derecho inscrito, como en el de presunción posesoria derivada del asiento registral. El fundamento legal se sitúa en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que establece que “se presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo”.

quien esté perturbando, haya despojado o impida el disfrute del derecho inscrito a su titular. Dentro de los despojantes contra los que puede dirigirse la acción ex art. 41 LH, también tienen cabida los ocupantes ilegítimos de una vivienda o cualquier otro tipo de inmueble.

2. Requisitos para la demanda y para el ejercicio de la acción real.

En el art. 439.2 LEC se imponen determinados requisitos para la admisibilidad de este procedimiento: 1) que se expresen en la demanda las medidas para asegurar la eficacia de la sentencia que recayera. En el caso de que en la demanda no se soliciten estas medidas cautelares o no se renuncie expresamente a ellas no se admitirá la demanda¹⁴⁶. 2) la caución que el demandado ha de prestar (conforme al art. 64.2 LEC) en caso de comparecer y contestar a la demanda. 3) en la demanda se ha de acompañar certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante¹⁴⁷. Asimismo, en el art. 441.3 LEC se establece que el tribunal tan pronto como admita la demanda adoptará las medidas solicitadas para asegurar el cumplimiento de la sentencia. Finalmente, en el art. 444.2 LEC se establece que el demandado solo podrá oponerse a la demanda si presta la caución determinada por el tribunal. Asimismo, se establece de manera tasada las causas de oposición del demandado¹⁴⁸.

3. Las causas de oposición a la acción real.

En el caso de las ocupaciones ilegales la causa de oposición más utilizada por los "okupas" ha sido la del numeral 2 del art. 444.2 LEC que consiste en: "Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o

146 Así se ha hecho constar en el AAP Burgos (Secc.2ª) 5 noviembre 2003 (AC 2004,136) "Si a parte actora considera que no es preciso adoptar medidas cautelares, puede hacerse, pero para ello debe expresamente decirse en el escrito de demanda, como sucede para el caso de la caución, donde sí se ha previsto tal eventualidad. Lo que la Sala no ha hecho, [...] es permitir ir más allá en un supuesto donde no está expresamente prevista la subsanación, que allí donde sí está prevista expresamente la alternativa a la no solicitud de una medida cautelar concreta. En el caso de autos, la parte actora es claro que no cumplió las exigencias contenidas en el precepto legal, ni tampoco manifestó expresamente en dicho escrito su renuncia a la adopción de las mismas, por cuya razón ha de entenderse que la denegación de admisión a trámite de la demanda es ajustada a derecho".

147 La STS 22 enero 2020 (RJ 2020,70) establece que las acciones ex art. 41 LH "basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente".

148 En la SAP Castellón (Sec.3ª), 1 octubre 2004 (JUR 2005,26492) se establece que "se trata de un proceso de naturaleza sumaria, en el que se parte de la presunción de certeza derivada de la certificación del Registro que debe aportarse con la demanda y están limitados los medios de defensa, ya que la oposición del demandado está limitada a las causas previstas en el artículo 444.2 de la LECiv, por lo que no cabe discutir problemas de discordancia del contenido del Registro y la realidad extra registral, como ya expuso acertadamente el Juez "a quo", ni tampoco resolver problemas de linderos, de tal forma que no acreditada la causa de oposición invocada por la demandada, no puede prosperar el recurso que se formula contra la Sentencia estimatoria de la demanda".

en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito”¹⁴⁹. Otras causas de oposición que se han utilizado sin éxito ha sido la inadecuación de procedimiento, la nulidad del emplazamiento por dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes¹⁵⁰. Asimismo, se ha utilizado el consabido derecho a la vivienda digna para justificar la ocupación¹⁵¹.

4. Las ventajas del procedimiento ex art. 41 LH.

En el Preámbulo de la Ley 5/2018 también se ha cuestionado la efectividad de las acciones ex art. 41 LH para la recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente; se estima que es un procedimiento que presenta “limitaciones o ineficiencias [...] puesto que existen causas tasadas de oposición, no pueden ser ejercitadas por titulares de derechos que no tienen acceso al Registro y se exige al demandado prestar caución para poder oponerse”.

Los problemas que se han planteado con este procedimiento son similares al del desahucio por precario. Así pues, frente a la cuestión de si el mismo también puede utilizarse para las perturbaciones físicas, como es el hecho de la pérdida de la posesión por la ocupación de un tercero y no solo para las cuestiones jurídicas, la respuesta ha sido mayormente favorable¹⁵². No obstante, también hay autores que limitan la utilización de este procedimiento a los casos en los que la perturbación del derecho del actor sea de tipo jurídico y no físico; por el contrario, la mayor parte de la doctrina, a la que nos adherimos, estima que este procedimiento

149 Las otras causas de oposición del art. 444.2 LEC son: 1.- Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúan la acción ejercitada. 3.- Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción. 4.- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

150 En multitud de sentencias la demanda se ha dirigido contra los ignorados ocupantes en esta clase de procedimientos. Así la SAP Barcelona (Sec.17ª) 8 marzo 2017 (JUR 2017, 741), la SAP Barcelona (Secc. 14ª) 25 septiembre 2019 (JUR 2019,293617), SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642), SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) y SAP Barcelona (Secc. 19ª) 23 julio 2018 (JUR 2018,218325).

151 En la SAP Barcelona (Secc. 13ª) 11 febrero 2016 (JUR 2016,69763) en un proceso de protección de los derechos reales inscritos se alega por los demandados, que habían ocupado una vivienda social, el derecho a una vivienda digna. El tribunal estima que el “derecho a una vivienda digna” del art. 47 de la Constitución Española no tiene la protección constitucional directa e inmediata del art. 53.2 de la Constitución Española. No se trata de un derecho subjetivo y no ofrece a los ciudadanos la posibilidad de reclamar ante los Tribunales su efectiva satisfacción, sino que precisa (art. 53.3 CE) de desarrollo legislativo. “En definitiva, no ampara derecho alguno a la ocupación de la vivienda por parte de los demandados, ocupación que se ha llevado a cabo sin observar el oportuno procedimiento de adjudicación de las viviendas públicas de protección oficial, y considerarlo de otro modo supondría un trato discriminatorio respecto de aquellos ciudadanos que, en igual situación de necesidad, han respetado el ordenamiento, siguiendo el oportuno trámite de adjudicación. Es decir, respecto a la alegada oportunidad de mantener a la demandada en la posesión, atendida la finalidad social de las viviendas públicas de las que es titular el organismo actor, ha de ponerse como contrapeso que la adjudicación de viviendas en cualquiera de los regímenes posibles por parte del INCASOL ha de llevarse a cabo a través de un procedimiento administrativo reglado, por lo que no es aceptable que por la vía de hecho los demandados puedan acceder a un contrato de arrendamiento al que deberían haber accedido por la vía procedente y tras el procedimiento oportuno, y ello en detrimento de otros ciudadanos que tengan el mismo o mejor derecho que ellos y que se encuentren en la misma situación de precariedad”.

152 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 67.

también puede utilizarse proteger al propietario o al titular de cualquier otro derecho real frente los casos de perturbaciones físicas de su derecho inscrito¹⁵³. La mayoría de Audiencias han optado por el concepto amplio de este procedimiento, permitiendo, pues, el uso de este procedimiento para lanzar a los ocupantes sin título del inmueble¹⁵⁴. En alguna resolución se ha establecido que la protección se recaba “no con base en el mero hecho de la posesión (como ocurre con los interdictos) sin con base en la inscripción en el Registro de la Propiedad¹⁵⁵”.

A diferencia de lo establecido por el Preámbulo de la Ley 5/2018 estimamos que este procedimiento es muy adecuado para combatir la ocupación ilegal de viviendas. Son varias las ventajas que hacen recomendable esta vía recuperatoria: en primer lugar, está el hecho de que al demandante le basta con acreditar la titularidad de su derecho de propiedad mediante la certificación literal del Registro de la Propiedad. En segundo lugar, en la demanda se pueden solicitar las medidas oportunas para garantizar la eficacia de su derecho, como el desalojo y posterior lanzamiento del ocupante. También, está la caución fijada por el juez dentro de los límites interesados por el actor que deberá prestar el demandado si éste se quiere oponer a la demanda (art. 439.2 LEC). La finalidad de la caución es la de garantizar la devolución de los frutos percibidos indebidamente y del pago de los daños y perjuicios causados, así como las costas procesales¹⁵⁶. No obstante, al fijarse la

153 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 67.

154 El procedimiento de protección sumaria de los derechos reales inscritos para recuperar viviendas ocupadas ha sido utilizado en multitud de ocasiones. De manera expresa en la SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) se establece que: “ la propiedad de la vivienda vacía “se protege” no sólo desde el punto de vista penal (castigando la ocupación pacífica -no violenta- de viviendas e inmuebles que no constituyen morada -vacías- en el art. 245.2º Código Penal sino también desde el punto de vista civil, en donde, además de los declarativos (reivindicatoria) nos encontramos (1) los procesos “sumarios” de protección del derecho real inscrito (art. 250.1.7 LEC en relación con el 41 LH, (2) procesos interdictales (art. 250.1.4 LEC, en relación con el 446 CC y (3) los del desahucio por precario, con fundamento en el derecho a la posesión real del titular, con las consecuentes facultades de exclusión y de recuperación posesoria, derivados del CC (LEG 1889, 27) y de la LEC (sin que pueda oponerse la posesión clandestina y sin conocimiento del poseedor real que, conforme al art. 444 CC no afectan a la posesión). Se ha utilizado este procedimiento contra las ocupaciones ilegales, entre muchas otras sentencias, en la SAP Barcelona (Secc. 14ª) 25 septiembre 2019 (JUR 2019,293617), SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642), y la SAP Barcelona (Secc. 13ª) 11 febrero 2016 (JUR 2016,69763) donde se admite esta vía para la recuperación de vivienda social ocupada.

155 La STS 22 enero 2020 (RJ 2020,70) estima que “El titular registral, por el mero hecho de la inscripción, recibe una especial tutela mediante la cual se le dota de una acción por cuyo simple ejercicio será puesto, sin entrar en el análisis de quién sea el titular material, en el estado posesorio correspondiente a lo que declara la inscripción. Se trata de llegar a un resultado fáctico equivalente al que presumiblemente se hubiera logrado con el ejercicio de la acción real ordinaria, pero mediante una acción nueva y especial que se concede al titular registral. Se trata de una acción de carácter vindicatorio y eficacia provisional, de modo que la sentencia que se dicte no produce efectos de cosa juzgada material (artículo 447.3 LEC)”. La SAP Islas Baleares (Secc. 3ª) 3 octubre 2006 (JUR 2007, 251371) estima que la protección se recaba “no con base en el mero hecho de la posesión (como ocurre con los interdictos) sin con base en la inscripción en el Registro de la Propiedad”.

156 En la JPI Palma de Mallorca (núm. 20) 19 diciembre 2020 (Jur 2020, 142894) se cita la “STC 2002/45, 25 febrero 2002 (RTC 2002,45), en el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, previsto en el antiguo artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y regulado en la actualidad en la LEC, la caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado (en cualquiera de las formas actualmente previstas en el artículo 64.2 LEC) para que le sea admitida la oposición a la demanda mediante la formulación de la llamada “demanda de contradicción”. Esta caución, que deberá solicitarse por el actor (arts. 137, regla 2ª RH y 439.2.2 LEC), y cuya cuantía, dentro de los límites de la interesada por

cuantía de la caución se han de ponderar las circunstancias concurrentes, tanto las consecuencias económicas que se derivan para el actor como la capacidad económica del demandado para evitar que la exigencia de la caución impidiera ejercitar su derecho de defensa¹⁵⁷. En alguna sentencia queda constancia de como se ha ponderado el cálculo de la fianza¹⁵⁸. El no pago de la caución provoca como

el demandante, será fijada por el Juzgado (arts. 137, regla 6ª RH y 440.2 LEC), tiene como finalidad - expresamente declarada por la ley- la de responder de la devolución de los frutos percibidos indebidamente y del pago de los daños y perjuicios causados, así como de las costas procesales (arts. 41.4 LH, 137, regla 2ª RH y 439.2.2 LEC). Por tanto, la caución se diferencia netamente de otras medidas cautelares que puedan solicitarse y acordarse para la efectividad de la Sentencia que se dicte (arts. 137, reglas 2ª y 3ªRH y 439.2.1 y 2 y 441.3 LEC)".

- 157 Para la JPI Palma de Mallorca (núm. 20) 19 diciembre 2020 (Jur 2020, 142894) "La regulación legal impone a los órganos judiciales, a la hora de fijar la cuantía de la caución que debe prestar el demandado, una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, las consecuencias económicas que para el demandante se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, daños y perjuicios y costas procesales), así como la capacidad económica de éste, pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor ("demanda de contradicción"), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte". La SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642) estima que "en el trance de fijar la caución necesaria para formalizar la oposición en procedimientos de la naturaleza del presente, el órgano judicial no solo deberá tener en consideración las circunstancias personales y económicas de quien haya de prestar la caución, que es el único aspecto en el que se incide en el recurso de apelación, sino que también debe ponderar que la repetida caución está destinada a responder de los frutos que el demandado haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado al demandante y de las costas del juicio". En este caso se parte de que "el precio de mercado del alquiler de una vivienda de análogas características y emplazamiento que la que es objeto de autos ronda los 600 euros mensuales. Bajo aquellos parámetros, la fijación de la caución en 3.000 euros -cifra que resarciría a la demandante de las ganancias dejadas de obtener durante aproximadamente cinco meses, cuando ha transcurrido ya más de un año desde que interpuso la demanda- se antoja prudente y proporcionada, en criterio objetivo, en atención a los fines perseguidos, máxime cuando la apelante tampoco se ha ocupado de aportar datos específicos sobre su situación económica". En parecidos términos se exige la ponderación por la SAP Barcelona (Secc. 14ª) 3 marzo 2017 (AC 2017, 614) con la advertencia de que la cuantía de la caución no ha de constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte.
- 158 Un ejemplo de ponderación lo tenemos en la SJPI Palma de Mallorca (núm. 20) 19 diciembre 2020 (Jur 2020, 142894) al establecer que "En el supuesto de autos, la juzgadora de primera instancia consideró adecuada una caución de 600 euros y no la solicitada por la demandante de 6000 euros, y el tribunal estima adecuado su importe que ni siquiera se impugna en esta instancia, frente a la ocupación sin contraprestación alguna de una vivienda, sopesando las circunstancias concurrentes, la precaria situación de la parte demandada".

consecuencia la inadmisibilidad de la demanda¹⁵⁹. El pago de esta caución no puede evitarse ni tan siquiera por quienes utilizan el derecho a la justicia gratuita¹⁶⁰.

En la gran mayoría de sentencias que hemos analizado el “okupa” demandado no ha estado dispuesto a pagar la caución y el procedimiento ha continuado en rebeldía. Finalmente, el demandado, en caso de oponerse a la demanda solo podrá utilizar las causas de oposición legalmente tasadas (art. 444.2 LEC) y en el caso de oponer otra causa esta tendrá que sustanciarse en un juicio declarativo¹⁶¹. En este procedimiento se hace todavía más difícil la utilización de las consabidas excusas

159 La SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) estima que el incumplimiento de la prestación de caución supone un incumplimiento de un requisito de procedibilidad establecido en los arts. 439.2, 440.2 y 444.2 LEC, de manera que “esa prestación de caución se constituye como un requisito de admisibilidad de la oposición, de tal forma que el tribunal viene obligado a fijarla y el demandado a prestarla”. Inadmisión que esta sentencia también extiende al recurso de apelación. La SAP Barcelona (Secc. 14ª) 3 marzo 2017 (AC 2017, 614) dice que “En los casos del número 7.º del apartado 1 del artículo 250, en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. También se apercibirá al demandado, en su caso, de que la misma sentencia se dictará si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor”, en relación con el art. 444.2 LEC (“en los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, el demandado sólo puede oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64”)” y con cita de otras sentencias manifiesta que “también se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se obtiene una resolución que deja imprejudgada la acción o la pretensión ejercitada en el proceso, si está fundada en la falta de algún requisito o presupuesto procesal legalmente establecido que impida entrar en el fondo del asunto”.

160 La SJPI Palma de Mallorca (núm. 20) 19 diciembre 2020 (Jur 2020, 142894) establece que “el goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita (que concurre en la recurrente como en la totalidad de los procesos idénticos al de autos) no tiene forzosamente que producir el efecto de exonerar a su titular de la obligación de prestar las fianzas que le sean exigibles en el ámbito del proceso civil. En la STC 202/1987, de 17 de diciembre (RTC 1987, 202), ya se declaró que la fianza exigida por los órganos judiciales a un demandante al que se había reconocido el derecho a la justicia gratuita, como condición previa para acordar la anotación en el Registro de la Propiedad de su demanda civil, no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva”. En la SAP Barcelona (Secc. 13ª) 11 febrero 2016 (JUR 2016,69763) “Dicha caución, que constituye un requisito de procedibilidad para oponerse a la demanda, aún en el supuesto de que los demandados gocen del derecho a justicia gratuita, ha sido declarado procedente por el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 25-2-2002 ha precisado que: “en el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, previsto en el art. 41 LH (desarrollado en el art. 137) y regulado en la actualidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts.250.7, 439.2, 440.2, 441.3, 444.2 y 447.3), la caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado (en cualquiera de las formas actualmente previstas en el art. 64.2 LEC) para que le sea admitida la oposición a la demanda mediante la formulación de la llamada “demanda de contradicción”. En parecidos términos se ha pronunciado la SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642).

161 Así queda patente en la SAP Castellón (Sec.3ª), 1 octubre 2004 (JUR 2005,26492) se establece que “se trata de un proceso de naturaleza sumaria, en el que se parte de la presunción de certeza derivada de la certificación del Registro que debe aportarse con la demanda y están limitados los medios de defensa, ya que la oposición del demandado está limitada a las causas previstas en el artículo 444.2 LECiv, por lo que no cabe discutir problemas de discordancia del contenido del Registro y la realidad extra registral, como ya expuso acertadamente el Juez “a quo”, ni tampoco resolver problemas de linderos, de tal forma que no acreditada la causa de oposición invocada por la demandada, no puede prosperar el recurso que se formula contra la Sentencia estimatoria de la demanda”.

de que se había realizado un contrato de alquiler con un tercero¹⁶². Incluso se ha intentado alegar la prescripción por transcurso de un año de la acción¹⁶³.

No obstante, para algún autor esta circunstancia, entre otras, hace que la vía del art. 250.1.7 LEC no tenga encaje para la recuperación de la vivienda ocupada¹⁶⁴. En nuestra opinión precisamente en esta reducción de las causas de oposición reside precisamente una de las ventajas de este procedimiento, puesto que con el mismo se conseguirá la devolución del inmueble ocupado. En la doctrina se defiende el empleo de esta vía cuando no sea posible la utilización del “desalojo exprés”, lo que además queda avalado por cuanto que se trata del procedimiento más empleado por bancos y entidades inmobiliarias cuando no consiguen el desalojo de los ocupantes por la vía del delito de usurpación inmobiliaria¹⁶⁵. No obstante, esta vía procesal solo es recomendable cuando no haya problemas de identificación del inmueble que se pretende recuperar, como sucede con las viviendas, locales u otros elementos de un edificio. Pueden surgir problemas cuando se trata de solares especialmente en zonas de las periferias urbanas sometidas a procesos de urbanización, puesto que en estos casos los datos físicos de los inmuebles que consten en el Registro pueden ser insuficientes para permitir su correcta identificación.

162 La SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642) no admite como causa de oposición que el demandado “accedió a la vivienda litigiosa tras abonar un importe en efectivo a un intermediario inmobiliario que aseguraba actuar en nombre de la sociedad actora y que le proporcionó las llaves del inmueble. No se trata, sin embargo, de una causa de oposición sólida ni verosímil, por lo que no se aprecia razón alguna para reconsiderar la caución impuesta por el órgano de instancia”.

163 Así en la SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) se establece que “habiéndose ejercitado una acción de protección de los derechos reales inscritos, no es de aplicación el motivo de oposición invocado, referido a la prescripción de la acción por transcurso del plazo anual, que es el referido a la acción interdictal [...] no nos encontramos ante un interdicto de recobrar o retenerla posesión, en el que la acción prescribiría al año, sino ante acciones reales procedentes de los derechos inscritos, que podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la LECiv. Contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio...”. En parecidos términos la En parecidos términos se había manifestado la SAP Barcelona (Secc. 14ª) 3 marzo 2017 (AC 2017, 614) puesto que “la acción ejercitada en la demanda no es la protección posesoria a que se refiere el artículo 250.1.4ª en relación con el artículo 439.1 LEC prevista para la protección interdictal o posesoria sino la protección de los derechos reales inscritos de los titulares registrales frente a quienes se opongan a ellas o las perturben sin disponer de título que legitime la ocupación o perturbación, al amparo del artículo 250.1.7ª y derivada de la protección del artículo 41 LH en relación con el artículo 439.2 LEC, no siendo por ello exigible el no transcurso del plazo del año como presupuesto legal de admisibilidad previsto para los supuestos del artículo 250.1.4ª de la LEC en relación con el artículo 439.1 LEC invocado como eje del recurso de apelación”.

164 RODRÍGUEZ MESA, A.: “Necesidad de la reforma”, cit., se muestra tajante al respecto y mantiene que ni en la acción de protección al derecho real inscrito frente al perturbador sin derecho alguno del art. 250.1.7 LEC, ni tampoco en la acción posesoria del ordinal 4º del mismo precepto tienen acomodo los supuestos de ocupación ilegal de viviendas. El argumento principal en que se basa su tesis es que se trata de procedimientos sumarios de restringido conocimiento.

165 IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: “La reforma procesal”, cit., además de señalar la preferencia de los bancos por esta vía civil recuperatoria, destaca que no podrá ser utilizada por aquellos propietarios que no tengan inscrito de su derecho de propiedad en el Registro. LÓPEZ CHOCARRO, I.: “La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación”, *Diario La Ley*, N° 9204, 2018, estima que en el caso de los propietarios con título inscrito en el Registro de la Propiedad esta es sin duda alguna el mecanismo a elegir.

Si bien es cierto que este procedimiento, de modo similar a como sucede con los interdictos, no produce efecto de cosa juzgada (art. 447.3 LEC), es muy poco probable que un “okupa” que ya ha sido lanzado de un inmueble inicie un juicio declarativo para la defensa de sus respectivos derechos. Los okupas por lo general una vez que ha sido desahuciados continúen teniendo interés alguno en un proceso declarativo con escasas posibilidades de éxito. Además, al propietario lo que le interesa es la pronta restitución de la posesión del inmueble “okupado” pasando a segundo lugar la cuestión relativa a la demostración del dominio máxime cuando ya tiene a su favor un asiento registral y los beneficios derivados de la fe pública registral. El éxito de este procedimiento se encuentra en que en las bases de datos jurídicas es posible encontrar gran número de sentencias en las que el procedimiento termina en la primera instancia.

VI. REFLEXIONES FINALES.

La reforma realizada por la Ley 5/2018 supone la creación, por fin, de un procedimiento rápido, ágil y efectivo para poder recuperar las viviendas ilegalmente ocupadas. Esta reforma, sin embargo, debería de haber sido más profunda puesto que el legislador se ha dejado fuera del nuevo cauce legal a los mayores perjudicados por las ocupaciones ilegales de viviendas como son los bancos y otros grandes tenedores de vivienda. La marginación de estas entidades no ha tenido en cuenta que las viviendas que estas tienen en propiedad no siempre conforman edificios enteros, sino que pueden ser pisos insertos en edificios compartidos con particulares. La ocupación de las viviendas de los grandes tenedores está afectando al resto de propietarios y legales ocupantes de pisos y locales de los edificios en régimen de propiedad horizontal. Entre estos daños pueden ser directos en los elementos comunes, defraudaciones de electricidad, suciedad, ruidos como de convivencia. La ocupación de edificios enteros de grandes tenedores también causa daños a aquellas personas que no pueden adquirir una vivienda por estar ocupada o que incluso habiéndola ya comprado no pueden acceder a la misma hasta el desalojo de los okupas. El hecho de que muchos pisos de grandes tenedores estén ocupados impide que los Ayuntamiento o otras entidades de derecho público puedan quedarse con aquellas viviendas para dedicarlas a vivienda social. En consecuencia, en una futura reforma de la ley entendemos que debería de ampliarse la legitimación activa para la utilización del procedimiento de “desalojo exprés” a todos los propietarios de viviendas sin distinción alguna. Asimismo, debería de ampliarse la legitimación activa a las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal por su condición de perjudicados directos de las ocupaciones de viviendas que se encuentren dentro de su comunidad.

El nuevo procedimiento de “desalojo exprés” es un mecanismo híbrido puesto que a pesar de que sus principales características son las del interdicto de recobrar

la posesión, sin embargo, tiene caracteres del desahucio por precario, puesto que la posesión que se protege es la que se ampara en un título y no la posesión de hecho. Por este motivo debería de haberse regulado en un nuevo numeral dentro del art. 250.I LEC. Asimismo, el hecho de tener caracteres que lo diferencias de las acciones de tutela sumaria de la posesión debería de haberse traducido en un mayor plazo de caducidad que el reducido plazo de un año de previsto para ese tipo de acciones. De modo que nuestra propuesta sería de elevar la caducidad a un plazo de dos años.

Las críticas que el legislador efectúa en el preámbulo de la Ley 5/2018 a todos los procedimientos de tutela de la posesión contemplados en el art. 250.I LEC deberían de haberse sido acompañadas de algunas medidas. La medida que debería de haberse extendidos a todos los procedimientos de protección de la posesión es la de poder demandar y notifica la demanda a los ignorados ocupantes de cualquier modalidad de inmueble ocupado. No se puede ignorar que esa posibilidad ha sido admitida en multitud de sentencias. De modo que no es comprensible como el legislador en este caso no haya regulado aquello que desde hace tanto tiempo ya es un uso en los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

BASTANTE GRANELL, V.: "Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos "ocupa" y "ocupado"", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 47/2018.

BONET NAVARRO, J.: *Los juicios por desahucio*, Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021.

CANO MORIANO, G.: *Estudio sobre la figura del precario*, Edhersa, Madrid, 2006.

PÉREZ DAUDÍ, V.: "La okupacion de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo", *Diario La Ley*, núm. 10716, 2020.

DE PÁRAMO ARGÜELLES, M.: "Arrendamientos urbanos de vivienda: evolución legislativa y jurisprudencial en relación a la protección del arrendador: su aplicación práctica", *Revista de Derecho vLex*, núm. 77, febrero 2010.

FUENTES-LOJO RIUS, A.: "¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda portería?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

GARCÍA ABURUZA, M. P.: "Contribución de la ex cónyuge a los gastos de construcción de vivienda en terreno de su ex suegro: la sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2020", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2021.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: "La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales", *Notario del siglo XXV*, núm. 80, julio-agosto 2018.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: "La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018.

LÓPEZ CHOCARRO, I.: "La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación", *Diario La Ley*, núm. 9204, 2018.

MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Comentario al art. 1750 del CC", *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi.

PERARNAU MOYA, J.: "Desalojo de 'okupas'", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 5, Desahucios y arrendamientos, mayo 2019.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial del “interdicto de recobrar la posesión” de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018.

RODRÍGUEZ MESA, A.: Necesidad de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 5/2018, de desahucio exprés frente a los “okupas”. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13081-necesidad-de-la-reforma-operada-en-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-por-la-ley-5-2018-de-desahucio-expres-frente-a-los-laquo;okupasraquo;/> (Consultado el 25-03-2020)

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 132, III, Época II, diciembre 2020.

RAMOS PÉREZ, J. J.: “La acción ex art. 41 de la ley hipotecaria”. *Noticias. Jurídicas. com*, 23-10-2012.

TORRES LÓPEZ, A.: “¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los Okupas en España? Editorial jurídica Sepín, 14 junio 2018.

