

Admisibilidad del precario contra ignorados ocupantes

José Ignacio Atienza López

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

Extracto

El presente supuesto nos trae a colación los problemas procesales que origina el fenómeno de la ocupación de viviendas y la admisión de las demandas por precario al ignorarse la filiación de las personas que las ocupan. No cabe admitir una concepción estricta del precario, sino una amplia, de forma que, a través del juicio de desahucio, sea posible atender acciones encaminadas a hacer cesar dichas situaciones posesorias. Para la admisión a trámite de una demanda en el proceso civil, no es necesaria la identificación plena del demandado con su nombre y apellidos, al no exigirse expresamente. Si la actora ha tratado de identificar a los actuales ocupantes sin resultado positivo y carece de otros medios para hacerlo, la inadmisión de su demanda por este motivo restringe indebidamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: desahucio; precario; tutela efectiva; admisión de demanda.

Fecha de entrada: 16-03-2021 / Fecha de aceptación: 31-03-2021

Enunciado

Una empresa ha adquirido una finca y con posterioridad ha conocido que en ella había personas habitando la misma, sin que sea posible determinar el momento en que se inició dicha ocupación; la nueva propietaria ha tratado de identificar a quienes allí se encuentran sin haberlo conseguido, y ante ello, ha acudido a un abogado para iniciar una acción judicial tendente a recuperar la posesión de lo adquirido.

Dicho abogado ha presentado una demanda con base en el artículo 250.1.2.º de la LEC (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), y el resultado de la primera instancia ha sido una sentencia con este pronunciamiento:

La propia definición de la institución del precario [...] resulta incompatible la interposición de una demanda de desahucio por precario y la dirección de la misma frente a ignorados ocupantes, dado que el precario representa una posesión de una finca sin título y de manera concedida y tolerada por el propietario de la misma. Y dicho propietario –en nuestro caso la actora– parece no haber concedido ni tolerado la ocupación de su finca, pues de ser así conocería a los ocupantes»; (ii) también se menciona el art. 437.3 bis a cuyo tenor» 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 1 del artículo 250, aquella podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma», de manera que solo en tal supuesto, es decir, en el del art. 250.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil cabrá la interposición de demandas contra ignorados ocupantes, pero no en el expediente que nos ocupa, esto es, el previsto en el art. 250.1.2º de la Ley.

El letrado no está de acuerdo con este pronunciamiento y estima que cabe la acción de precario contra los ignorados ocupantes; aportemos los argumentos que el letrado precisa.

Cuestiones planteadas:

- La admisibilidad de la acción de precario contra ignorados ocupantes.
- El ámbito objetivo de aplicación de las acciones de los artículos 250.1.2.º y 250.1.4.º de la LEC en relación con ello.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Lo que se plantea en el primer lugar no es otra cosa que el problema del ámbito objetivo del juicio de desahucio por precario, tal y como aparece descrito en el citado artículo 250.1.2.º de la Ley de enjuiciamiento civil (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.

Más en concreto, la cuestión se centra en determinar si es lo procedente tener una concepción estricta de la institución, tal y como parece inferirse de la literalidad del anterior texto legal, o bien atribuirle un concepto amplio, acorde con los inmediatos precedentes legales, ya que el artículo 1565 de la LEC de 1881 consideraba procedente el desahucio «contra cualquier [...] persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced».

Y es que, respecto del precario, como queda dicho, cabe una concepción estricta incluida en el comodato como una variante de este, y acorde con su origen en el derecho romano, que consiste en un préstamo de uso en el cual no se pactó la duración, ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y este no resulta determinado por la costumbre de la tierra, pudiendo el comodante reclamarla a su voluntad (art. 1750 Código Civil), justamente a través del remedio procesal que analizamos. Sin embargo, habrá que decir que el concepto de precario ha ido evolucionando hasta el punto de tenerse por precario civil a cualquier posesión o simple tenencia de una cosa sin título, sin pagar merced por voluntad de su poseedor o sin ella (así, por ejemplo, en la STS de 22 de octubre de 1987). Esta última concepción extensa del precario no precisa una previa relación contractual, sino que se refiere a cualquier posesión de puro hecho, incluso de carácter no legal, incluyendo actos meramente tolerados o ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor. Ello ha permitido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya venido englobando a la pose-

sión concedida, tolerada y sin título a los efectos de admitir la acción de desahucio (SSTS de 31 de diciembre de 1992, 15 de diciembre de 1994 y 31 de enero de 1995).

Pues bien, a raíz de la entrada en vigor de la vigente LEC y a la vista del tenor literal del citado artículo 250.1.2.º, han surgido criterios judiciales contradictorios: (1) Algunas audiencias provinciales vienen entendiendo que el concepto de precario se ha restringido con la nueva LEC, hasta el punto de que solo son susceptibles de ser tenidas como precario aquellas situaciones posesorias precedidas de su cesión como tales, lo que presupone una previa relación negocial entre las partes y, entre otras cosas, la imposibilidad de apreciarlo en los casos de tolerancia sobrevenida. Todo ello comportaría que el actor hubiera de acudir a otras vías procesales, como las de tutela sumaria de la posesión si es que se dieran los presupuestos procesales para ello (art. 250.1.4.º y 7.º de la LEC) o, en su caso, al procedimiento ordinario para ejercitar una acción reivindicatoria. (2) Por el contrario, otras audiencias mantienen el concepto amplio de precario, estableciendo la legitimación pasiva del demandado siempre que se trate de una posesión material carente de título y sin pago de merced. Este último criterio ha sido el que han venido manteniendo las secciones de esta audiencia provincial.

Después de lo hasta ahora dicho, la cuestión debe quedar, al menos provisionalmente, resuelta en función de la línea interpretativa que sigue manteniendo sobre el particular el Tribunal Supremo.

Es muy oportuna la cita de la sentencia de 30 de junio de 2009. En ella se explica la distinción entre las figuras a las que venimos haciendo alusión, esto es, el comodato, el comodato-precario y el precario, en los siguientes términos:

La cesión de un bien no fungible efectuada por una persona a otra para que pueda ser utilizado por el que lo recibe, a título gratuito –esto es, sin emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso– se halla regulada como préstamo de uso con la denominación de comodato en los arts. 1740 y 1741 a 1752 CC. De la normativa legal de los arts. 1749 y 1750 resultan dos posibilidades con perspectivas diferentes en cuanto a la extinción. La primera se presenta cuando se pacta un plazo de duración (SS. 18 de junio de 2000, 16 de marzo de 2004), o bien un uso a que ha de destinarse la cosa cedida, pudiendo este resultar determinado por la costumbre.

En tal caso la especialidad radica en que el comodante solo puede reclamar la restitución de la cosa cuando haya terminado el plazo o el uso pactado, salvo que antes el comodante ejerciere la facultad de resolución unilateral, lo que exige como presupuesto que concurra una urgente necesidad de utilizar la cosa.

La segunda posibilidad es que no haya plazo, ni uso en los términos expuestos, en cuyo caso puede el comodante reclamarla a su voluntad [...]. En la doctrina existen dos posturas respecto del segundo supuesto, pues en tanto para unos no es más que una modalidad de comodato, para otro sector (y algunas Sentencias

de esta Sala también han mantenido este criterio) constituye una figura no plenamente incardinable en aquel que se denomina comodato-precario, y se aproxima al precario en sentido amplio, como omnicompresivo de las situaciones de posesión tolerada o sin título, y de las en que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución. La diferencia entre comodato-precario y el precario radicaría en el origen contractual del primero.

Desde esa perspectiva es forzoso admitir un concepto de precario «en sentido amplio, como omnicompresivo de las situaciones de posesión tolerada o sin título, y de las en que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución», lo que implica que sea posible atender a través del juicio de desahucio acciones encaminadas a hacer cesar aquellas situaciones posesorias.

Más relevante y clarificadora es aún la cita de la STS de 11 de noviembre de 2010 cuando dice:

El art. 250 de la LEC de 2000 establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca. Como dice la STS de 6 de noviembre 2008, se trata de una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, aunque estemos en la tenencia del mismo y por tanto sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho; supuestos suficientemente amplios para reconducir hacia el juicio de desahucio lo que aquí se plantea con relación a la posesión de una casa sin título o con título absolutamente ineficaz para destruir el de los actores y sin otra razón que la simple tolerancia de este último, evitando que la complejidad de la materia litigiosa, tan frecuente en la solución de los Tribunales en la anterior normativa, remita a las partes al juicio declarativo correspondiente, impidiendo constatar a través de un juicio apto para ello lo que constituye el fundamento de la situación de precario.

Y entre las más recientes, la STS de 28 de febrero de 2017, según la cual:

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

A partir de todo lo expuesto, resulta erróneo el planteamiento del pronunciamiento que consta en los hechos del caso, ya que ello responde a una inadmisibles interpretación a contrario del artículo 437.3 bis de la LEC, según redacción dada por la Ley 5/2018, de 11 de junio. No cabe mantener que fuera del procedimiento allí diseñado, es decir, el juicio posesorio (interdictal) para la recuperación de la posesión de una vivienda, no quepa demandar a los ignorados ocupantes, sino que tal posibilidad se atiene a los criterios jurisprudenciales preexistentes sobre la institución, más allá de su regulación positiva para aquel tipo procedimental. Especialmente, en lo que al precario hace, si asumimos (como antes hemos hecho) que no es precisa una vinculación contractual previa con el ocupante sin título de suerte, que no necesariamente se ha de conocer su identidad y circunstancias personales. Es más, encuentra difícil explicación que la posibilidad que comentamos sea admisible para los juicios posesorios y no para los desahucios por precario, al no encontrarse razón bastante para tal distinción normativa.

De la mano de la sentencia de este tribunal de 18 de septiembre de 2012, diremos que en el caso de autos, como en otros más comunes en los que los demandados no quedan plena y perfectamente identificados (como sucede cuando se demanda a herederos desconocidos), su llamada a la causa como ignorados ocupantes del inmueble en cuestión ha sido tachada, con razón, de viciosa cuando a través de ella se pretendía burlar fraudulentamente los derechos e intereses de personas ciertas y conocidas (así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1994 y 24 de marzo de 1995 o la del Tribunal Constitucional de 17 de septiembre de 2001). Pero nada de ello parece suceder en autos. La parte actora, como ha quedado dicho, ha intentado identificar a los eventuales ocupantes sin resultado positivo y carece de otros medios al uso para hacerlo. Así las cosas, no dar lugar a su recurso y por ende a la admisión de su demanda es tanto como restringir indebidamente el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva.

La Audiencia de Cádiz, en el auto de la Sección 8.ª de fecha 28 de noviembre de 2011, en supuesto análogo al de autos explicó lo que sigue:

Que tratándose de un desahucio por precario se cumplen las formalidades legales aun cuando no conste el nombre y apellido del demandado, cuando se destaque su relación con el objeto litigioso y se posibilite su comparecencia y defensa, como sucede en este caso en el que se designa el domicilio en que pueden ser citados, ya que en otro caso se estaría ocasionado una total indefensión a la parte que se vería impedida de poder ejercer su derecho a la tutela judicial para el desalojo de las personas desconocidas que indebidamente ocupen un inmueble de su propiedad, pues para la identificación necesitaría la ayuda de los poderes públicos. En este caso concreto consta que incluso el actor en primer lugar denunció en vía penal y se le archivó el asunto por ser una cuestión civil, no siendo de recibo que se le inadmita *in limine* la demanda por la razón alegada que le causa total indefensión, siendo otro problema diferente lo que tenga lugar durante la tramitación de la causa sobre la legitimación *ad causam*, que como

ya se ha dicho no es una cuestión procesal, sino que, por el contrario, se trata de cuestión referida al fondo, que debe ser resuelta en la sentencia, después de permitir a las partes la producción de la prueba pertinente sobre este extremo, con la necesaria contradicción.

Más en concreto, las citadas resoluciones aluden a las siguientes razones, todas ellas aptas y aplicables al supuesto litigioso, para admitir demandas interpuestas contra los ignorados ocupantes de un inmueble, bien con el matiz que luego trataremos de explicar:

1. Para la admisión a trámite de la demanda en el proceso civil no es necesaria la identificación plena del demandado con su nombre y apellidos, por no exigir expresamente la mención del nombre y apellidos los artículos 399.1 y 437.1 de la LEC en tanto que esos preceptos se limitan a exigir al actor que consigne en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado. Ha venido siendo doctrina constante y reiterada (SSTS de 16 de diciembre de 1971, 15 de noviembre de 1974 y 1 de marzo de 1991) que la identidad del demandado se puede buscar por cualquier circunstancia que permita su determinación, bastando la indicación de circunstancias aptas para permitir tal identificación, o la concreción e individualización que permita conocer con exactitud aquel contra quien se entabla la acción. Es por ello por lo que de ordinario baste con que el actor consigne en la demanda los datos y circunstancias de que tenga conocimiento y que puedan permitir la identificación del demandado. En el caso del desahucio por precario será suficiente con la mención de los ignorados ocupantes demandados por su relación con el inmueble litigioso.
2. Ya se ha dicho que la inadmisión *ad limine* litis de la demanda no es sanción expresamente prevista para eventuales defectos de aquella, como los que aquí se han detectado.
3. Los derechos de cualquier poseedor susceptible de haber sido identificado que resultara condenado inaudita parte quedarían suficientemente preservados a través del expediente procesal previsto en el artículo 704.2 de la LEC en relación con el artículo 675.3 y 4 del texto procesal.
4. En línea con el anterior razonamiento, ha de tenerse en cuenta que la legitimación *ad causam* se determina en función de la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica en litigio, y consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina la aptitud para actuar en el mismo como parte (así, por ejemplo, SSTS de 18 de marzo de 1993 y 28 de febrero de 2002). En consecuencia, la legitimación *ad causam*, problema que en definitiva nos ocupa, no es una cuestión procesal, sino que, por el contrario, se trata de una cuestión referida al fondo, que debe ser resuelta en la sentencia, después de permitir a las partes la producción de la prueba pertinente sobre este extremo, con la necesaria contradicción.

En suma, la presencia de ocupantes cuya concreta identidad se desconoce no conlleva la carga procesal para el actor de identificar a las personas que están en posesión del inmueble reclamado, siendo entonces suficiente que la demanda se dirigiera contra los ignorados ocupantes del inmueble.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 250.1.2.º y 250.1.4.º.
- SSTS de 30 de junio de 2009 (NCJ050079), 11 de noviembre de 2010 (NCJ053672) y 28 de febrero de 2017 (NCJ062220).