



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

MASTER DE ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MASTER

Estudio del procedimiento de desahucio por precario con especial referencia a la cesión de la vivienda para uso familiar

Alumno: Andrés Fernández Álvarez

Convocatoria: Ordinaria

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Máster tiene como objetivo analizar la figura del precario en nuestro ordenamiento jurídico y su incidencia en el derecho procesal a través del conocido como desahucio por precario, comparando dicho procedimiento con otros medios de defensa de la posesión. Este análisis resulta relevante dado que, ante la ausencia de desarrollo por parte del legislador del precario, este se ha realizado a través de la jurisprudencia teniendo como resultado un procedimiento aplicable a una gran cantidad de casos diferentes entre sí y para los que potencialmente pueden ser aplicables otros procedimientos. Además, el desahucio por precario juega un papel fundamental en aquellos casos en los que se produce la cesión gratuita de una vivienda para uso familiar por lo que se hará una especial referencia a esta cuestión toda vez que en estos supuestos se produce una interacción entre el derecho real sobre la vivienda del tercero propietario, los derechos que surgen de la relación entre los cónyuges y el supremo interés de los menores fruto del matrimonio.

ABSTRACT

The aim of this Master thesis is to analyse the concept of precariousness in our legal system and its impact on procedural law through what is known as eviction by precariousness, comparing this procedure with other means of defending possession. This analysis is relevant given that, in the absence of development by the legislator of precariousness, this has been carried out through case law, resulting in a procedure applicable to a large number of cases that are different from each other and for which other procedures may potentially be applicable. In addition, eviction by precariousness plays a fundamental role in those cases in which the free transfer of a home for family use takes place, so special reference will be made to this issue since in these cases there is an interaction between the real right over the home of the third party owner, the rights arising from the relationship between the spouses and the supreme interest of the children born of the marriage.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

CE.....Constitución Española
CC.....Código Civil
LEC..... Ley de Enjuiciamiento Civil

ÍNDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	2
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....	3
ÍNDICE.....	4
INTRODUCCIÓN	5
1.- Delimitación y evolución del concepto precario.....	7
2.- El procedimiento de desahucio por precario	13
2.1.- Comparación con el desahucio por falta de pago.....	17
2.1.1.- Tipo de procedimiento, postulación y cálculo de la cuantía	18
2.1.2.- Ausencia de especialidades propias del desahucio y carácter plenario.	19
2.1.3.- La prueba	24
2.2.- Comparación con la tutela sumaria de derechos posesorios.....	25
2.3.- Comparación con la protección sumaria del título registral.....	30
3.- Cesión gratuita de una vivienda para uso familiar.	31
3.1.- Inicio y vigencia del matrimonio	33
3.2.- Disolución del matrimonio y atribución del uso de la vivienda	36
CONCLUSIONES.....	43
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	46
BIBLIOGRAFÍA	47

INTRODUCCIÓN

El precario es una de las muchas figuras vigentes en nuestro ordenamiento que provienen del Derecho Romano y que ha ido mutando con el paso del tiempo para adaptarse a la realidad de nuestro tiempo. Dicha figura es de gran interés como objeto de estudio ya que, a pesar de tener una presencia prácticamente testimonial en nuestra legislación, no apareciendo siquiera mencionada en el Código Civil, ha tenido un desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo durante décadas, siendo, aún en el presente, objeto de gran cantidad de sentencias provenientes del Alto Tribunal.

Esto se debe a que, a través del procedimiento de desahucio por precario, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como uno de los medios de protección del derecho posesorio, se han venido vehiculando pretensiones de recuperación de una vivienda de lo más diversas. Así, mediante el desahucio por precario se han venido solventando situaciones entre herederos, entre cónyuges y terceros ajenos al matrimonio e incluso situaciones de ocupación ilegal de viviendas. Es precisamente esa mezcla entre falta de regulación legal y amplio ámbito de aplicación de este procedimiento lo que lo convierte en una materia de interés y por lo que se ha seleccionado esta como objeto de este trabajo, constandingo este de tres epígrafes.

En el primero de ellos se tratará de indagar sobre el concepto actual de la figura del precario, como este ha mutado desde su origen romano y la delimitación que del concepto ha venido realizando el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta además la modificación legal que supuso la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

En el segundo, se analizarán las características del procedimiento de desahucio por precario, comparándolas con las del desahucio por falta de pago o extinción de contrato, así como con las de los procedimientos de tutela sumaria de la posesión y de protección de los derechos inscritos en el Registro. Dicho análisis se realizará con el objetivo de discernir que realidades protege cada uno de ellos y, en el caso de que se produzca una situación en la que varios de ellos puedan ser aplicables, conocer sus ventajas e inconvenientes.

Por último, el trabajo finalizará con un tercer epígrafe dedicado a la aplicabilidad del procedimiento de desahucio por precario en el caso concreto de inmuebles cedidos de manera gratuita a un matrimonio para su uso como vivienda familiar. De este modo se estudiará la naturaleza de dicha cesión, las posibilidades de recuperar la vivienda por parte del cedente tanto durante la vigencia del matrimonio como tras la disolución de este y como interacciona el

derecho real del propietario sobre la vivienda con los derechos que puedan surgir de la disolución del matrimonio en favor de uno de los cónyuges, así como los de sus posibles hijos, sobre todo en el caso de que estos sean menores de edad.

1.- DELIMITACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO PRECARIO

La figura de la cesión en precario tiene su origen en el Derecho Romano. Esta consistía en la concesión graciosa de un determinado terreno propiedad de un *patronus* a un “cliente”. La relación jurídica entre cliente y *patronus*, así como las obligaciones que entre ellos surgían fruto de esta, eran independientes de la ocupación del terreno por parte del primero, la cual se realizaba sin título alguno, no estando sujeta a más condición o plazo que la voluntad del propietario.¹ De este modo, en el Digesto se definía el precario como “*un contrato en virtud del cual una persona cedía a otra el uso gratuito de una cosa, reservándose la facultad de revocarlo bajo su arbitrio en cualquier momento.*”² Por tanto, en su origen, el precarista es aquel que posee un bien inmueble por concesión gratuita de su propietario, sin título alguno y sin estar sujeta esta posesión a un plazo. Esta última nota es la que diferenciaba el precario original del comodato, el cual consistía también en la cesión de un determinado bien de manera gratuita si bien en este caso la misma se producía durante un plazo determinado.³

Esta figura de tradición romana ha continuado teniendo vigencia en nuestro ordenamiento, si bien, en cierta medida, se ha desligado de la idea primigenia y, a su vez, se ha ido asimilando en el Derecho español cada vez más al comodato. El comodato se configura en el Código Civil en el artículo 1740 y ss. como un contrato de préstamo con dos notas características: la gratuidad y la temporalidad. Este carácter temporal intrínseco, a su vez, puede venir determinado o bien por la fijación de un plazo o bien porque el bien se haya cedido para un uso concreto, en cuyo caso el comodato finalizará con este.⁴

Dentro de la configuración legal de este contrato, concretamente en el articulado referente a las obligaciones del comodante, el Código Civil regula el supuesto en el que se ha prescindido de esa nota de temporalidad, al no haber pactado las partes ni el plazo del comodato ni el uso al que se va a destinar la cosa, en el artículo 1750 CC: “*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*

¹ Vid. **WONG ABAD, J.M.**: “El Precario”, *Thémis*, núm. 15, 1998, pág.85-86

² Digesto, L.43. Tít. 26; Ley 1.ª Pr. 3.ª. **ACHÓN BRUÑÉN, M.J.**: “Deficiencias del procedimiento de «okupas» regulado por la Ley 5/2018 y soluciones a los problemas que plantea”, *Práctica de Tribunales*, nº139, 2019, LA LEY 8768/2019 pág.16

³ Vid. **IGLESIAS-REDONDO, J.**: *Derecho Romano*, Sello Editorial, Barcelona, 2010, pág. 272

⁴ Vid. **GONZÁLEZ PORRAS J.M.**: “Los Contratos de Préstamo”, *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícito*, Coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F.J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020 pág.408

costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad.” Entiende gran parte de la doctrina que, mediante dicho artículo, el Código Civil está regulando el precario como un tipo de comodato, es decir, que, aun no habiendo pactado uso concreto o duración, la cesión del uso se sigue rigiendo bajo las reglas establecidas para el comodato (p. ej. Gastos de conservación de la cosa, responsabilidad en caso de pérdida o deterioro, posibilidad de retener la cosa etc.).⁵

Cabe señalar a este respecto que el concepto de gratuidad como nota esencial y necesaria para apreciar la existencia de precario también ha de entenderse dentro de este contexto jurídico en el que, por ejemplo, el precarista puede realizar pagos en concepto de gastos de conservación de la vivienda. Por este motivo, para que se pueda determinar la inexistencia de gratuidad en la relación, es necesario que el pago con el que se excluya dicha gratuidad constituya una renta o merced por la que se ocupa el inmueble. Por ese motivo hay que atender a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de cara a determinar qué características han de reunir estos pagos para que sean calificados como renta. En concreto, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 29 de junio de 2012, declara que:

“no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler.”

En consecuencia, se considera como gratuito el uso del inmueble siempre que no se produzcan pagos de carácter periódico en concepto de renta siendo aceptados como tal por el propietario.

Esta concepción de precario como un tipo de comodato con una regulación compartida entre ambas figuras tiene su reflejo en aquellos casos en los que, no habiéndose determinado de forma exacta el tiempo de uso de la cosa en un comodato, si este persiste en el tiempo pasa a considerarse un precario con las implicaciones procesales que en este trabajo se expondrán. Existe una amplia jurisprudencia a este respecto, como la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de febrero de 2010:

“No obstante la presencia inicial de un título habilitante de la ocupación gratuita, como es el comodato, e, incluso, con la existencia del uso autorizado para un fin concreto, esta Sala, con base en el carácter temporal y la duración limitada del mentado contrato, como sus

⁵ Vid **ECHIVARRÍA SUMMERS, F.M.**: “Artículo 1750”, *Comentarios al Código Civil*, Dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág.11954.

características esenciales, declara que cuando dicha situación se alarga temporalmente o queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, la posición se convierte en precario.”

Por tanto, desde el punto de vista del derecho sustantivo y con apoyo en la jurisprudencia, se entiende que el precario es una figura vigente en nuestro derecho sujeto a las normas que rigen el comodato, pudiendo producirse, o bien porque las partes no hayan pactado uso o duración de dicho comodato o bien porque, tras finalizar dicho uso o plazo, el comodatario continúe en posesión de la cosa.

Esta incardinación de la figura del precario dentro del comodato responde además al hecho de que ni en el Código Civil, ni en ninguna otra norma de carácter sustantivo se contempla referencia alguna a este concepto. En cambio, la Ley de Enjuiciamiento Civil sí contempla el “desahucio por precario” como uno de los medios que el Derecho Civil español proporciona a quien, ostentando el derecho de ejercitar la posesión de un bien inmueble, ve dicha posesión perturbada por un tercero que actúa de forma ilegítima. El procedimiento por el cual se despacha esta acción es el de juicio verbal por razón de la materia, al encontrarse recogido en el apartado segundo del artículo 250.1 de la LEC⁶: *“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 dicha finca”*.

Sin embargo, esta es la única referencia que el legislador hace a esta figura, no existiendo referencias o delimitaciones expresas de dicho concepto en el Código Civil u otra ley⁷. Dicha mención proviene de la ya existente en la LEC anterior, del año 1881 que, al igual que la ley actual, contenía una mención al concepto de precario sin desarrollarlo en modo alguno: *“Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación, para que la desocupe.”* Esta referencia constituye un

⁶ Al igual que otros medios de defensa del derecho posesorio como la tutela sumaria de la posesión (apartado cuarto) y la tutela de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (apartado séptimo) Vid. SALVATIERRA OSORIO, D.: “El juicio de precario (art. 250.1.2 LEC)”, *Práctica Tribunales*, nº104, 2013, LALEY 5216/2013, pág.1

⁷ Vid. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Sobre la figura jurídica del precario administrativo (con especial referencia a su aplicación al dominio público)”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm.126, 2005, BIB 2005\849 pág.4

hito desde el punto de vista histórico ya que supuso la introducción en nuestro ordenamiento de esta figura, siendo asumida posteriormente por la LEC del año 2000.⁸

La ausencia de mayor regulación por parte del legislador de la figura del precario ha tenido como consecuencia directa que la delimitación del concepto, así como los casos en los que se puede acudir al procedimiento previsto en la LEC hayan sido configurados mediante la jurisprudencia.

Con anterioridad a la Ley del año 2000, la jurisprudencia, tanto menor como del Tribunal Supremo, había dado a un concepto de precario más que establecido habiéndose recogido, entre otras muchas resoluciones, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 1986:

“...el concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concédeme, en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor” y “tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella”.

Esta resolución, en la que a su vez se referencia jurisprudencia previa, muestra de manera inequívoca cómo se había ampliado la aplicabilidad del juicio por precario mucho más allá de la concepción clásica del mismo, esto es, la concesión gratuita del uso del inmueble por parte del propietario de este al ruego de un tercero, pasando a considerarse precarista, y, por tanto, legitimado pasivo en el procedimiento conforme al artículo 1565 de la antigua LEC, a todo ocupante carente de título que no pague contraprestación alguna.

Es pues en ese contexto, en el que el concepto de precario se había ya delimitado y considerado aplicable en múltiples situaciones, en el que entra en vigor la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁸ El hecho de que este texto legal estuviera vigente en el momento en el que entra en vigor el Código Civil pone en duda que la voluntad del legislador fuera realmente regular el precario en el artículo 1750 CC ya que de querer hacerlo podría haber utilizado el término de precario que ya gozaba de vigencia en aquel momento. Vid. **RABANETE MARTÍNEZ, I.J.**: “La pretendida naturaleza contractual del precario: diferencias con el contrato de comodato”, *Estudio de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Dirigido por DE VERDA Y BEAMONTE J.R. y Coordinado por CARRIÓN VIDAL, A. Y MUÑOZ RODRIGO G., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág.915-918

Como puede observarse en la lectura de los artículos referentes al precario en uno y otro texto legal, la terminología usada no es exactamente la misma dado que, si bien es cierto que en ambos se incluye una mención al precario, la misma no se realiza exactamente en los mismos términos, ya que, mientras que la previsión contenida en la antigua LEC se refería a un procedimiento dirigido contra *“cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca”*, la actual LEC se refiere a la *“recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana cedida en precario”*.

Dicho cambio en la redacción de la norma podía interpretarse o bien como una mera modificación en la literalidad de esta o bien como una reforma de carácter sustancial. Esta segunda interpretación podría justificarse alegando que, en un contexto en el que el concepto de precario se había extendido jurisprudencialmente a un ámbito de aplicación mucho más amplio que en su concepción clásica, la introducción del término “cedida” podría responder a una voluntad del legislador de restringir el juicio de desahucio por precario a los casos en los que, como ya se ha referido anteriormente, se haya producido una verdadera concesión del propietario del inmueble ante el ruego de la persona que pretende ocupar el mismo.⁹

La citada interpretación fue acogida en los primeros años tras el cambio normativo por diferentes Audiencias Provinciales, produciéndose una serie de pronunciamientos en una misma línea que podría denominarse como restrictiva, a través de los cuales se pretendía acotar el procedimiento del artículo 250.1 LEC. Dicha línea restrictiva se ejemplifica perfectamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de fecha 18 de marzo de 2004:

“La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, recoge un concepto de precario más reducido, en el sentido de que el precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, por lo que en contraposición con la regulación anterior que permitía la amplitud en el concepto de precario, la nueva regulación introduce el término de “cedida en precario”, mucho más preciso que el anterior, de manera que da idea de una relación entre las partes, por las que una cede a otra el inmueble a título gratuito y a su ruego, lo que conlleva que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al antiguo concepto de precario” deduciendo la Sala como consecuencia de esta exposición que: *“solo puede solicitarse el reintegro de la posesión cuando el inmueble haya sido cedido en esas condiciones por el actor o su causante”*.

⁹ Vid. MARTÍNEZ GALLEGU, E.M.: “Desahucio por Precario”, *Actualidad Civil*, nº7, 2008, LALEY 3679/2010 pág. 2-3

En esta línea, se produjeron pronunciamientos similares de otras Audiencias Provinciales como la de Santa Cruz de Tenerife (Sentencia 568/2002 de 20 de septiembre) o la de Badajoz (Sentencia 33/2004 de 18 de febrero), coincidiendo todas ellas tanto en el momento en el que se produce, muy cercano al cambio normativo, como en la interpretación de carácter restrictivo. Este razonamiento cimentado en el cambio de terminología ya comentado tendría como consecuencia la drástica reducción de los casos que podrían despacharse mediante este procedimiento.

Sin embargo, tal reducción no se ha producido dado que estos razonamientos no han calado en la interpretación del precepto que realiza el Tribunal Supremo en la actualidad del concepto de precario que es prácticamente idéntica a la que sostenía antes del cambio normativo. Así, en sentencias recientes, como la Sentencia de 21 de diciembre de 2020, el Alto Tribunal reitera su definición 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".*

Tal y como ocurría en la jurisprudencia previa al año 2000 se destacan como notas esenciales de la situación de precario que la tenencia del bien no se sustente en título alguno y que la misma se produzca de forma gratuita, no haciendo referencia alguna a que el origen de esta situación haya sido una concesión del bien a un ruego previo del ocupante del inmueble.

Además, ahonda en esta cuestión la Sentencia al realizar una clasificación de los tres supuestos en los que se puede producir un precario y que a continuación se analizan:

“(i) cuando hay una situación de tolerancia sin título”: Este primer supuesto ya superaría el ámbito de aplicación pretendido por las Audiencias Provinciales en las sentencias antes citadas, pues la mera tolerancia sin título no implica ningún acto expreso de ninguna de las partes como sería la concesión graciosa del titular y el ruego del ocupante si bien en caso de existir tendría su encaje en esta categoría.

(ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente: Este supuesto se correspondería con el ya citado en el epígrafe anterior, considerándose como precario aquella situación en la que, habiendo mediado un comodato con

un plazo o uso concreto pactado, el comodante sigue ocupando el inmueble habiendo finalizado el tiempo de dicho contrato.

(iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario". Este último supuesto amplía aún más el ámbito de aplicación del desahucio por precario en relación con la línea restrictiva antes descrita, pues ya no es solo que se prescindiera de que haya existido una concesión expresa por parte del titular del derecho posesorio, sino que, incluso en aquellos casos en los que la ocupación se haya producido sin su voluntad ni tolerancia, este podría acudir al juicio de desahucio por precario. En este supuesto se podría incluir los casos de la denominada "okupación" cuestión sobre la que se reflexionará con posterioridad

En definitiva, y tal como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo de 2015:

"La jurisprudencia ha considerado el precario en un sentido muy amplio, sin entrar en conceptualizaciones dogmáticas. Lo considera en todo caso de disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced o de detentar una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño o sin ella, carente de título o abusiva; lo resume como situación de hecho que implica la utilización gratuita de una cosa ajena; en todo caso, falta de título que justifique la posesión; y también en todo caso, sin pagar merced."

Por tanto, más allá de buscar una definición concreta y restrictiva del concepto de precario, lo que ha ido elaborando el Tribunal Supremo a través de su labor jurisprudencial, es una calificación concreta a una serie de supuestos para permitir al propietario recuperar la posesión del inmueble a través de este procedimiento.

2.- EL PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO POR PRECARIO

En el presente epígrafe se analizará las características procesales del desahucio por precario, para, posteriormente, ponerlas en contraposición con las de otros procedimientos que, o bien por su naturaleza (desahucio por falta de pago) o bien por ser coincidentes las realidades que pretenden tutelar ("interdictos posesorios" y tutela registral), resulta importante distinguir en qué casos resultan aplicables cada uno de ellos y, si existen coincidencias en cuanto a su aplicabilidad, las diferencias que pueden llevar al demandante a optar por uno de ellos.

Antes de realizar estas comparaciones, hay que analizar los presupuestos básicos necesarios para poder acudir a un procedimiento precario. Estos aparecen recogidos en

numerosas sentencias del Tribunal Supremo, incluida la de fecha 7 de julio de 2021¹⁰: “Los presupuestos de este tipo de proceso son:

- (i) *el título que ostenta el demandante*: El demandante deberá acreditar su legitimación activa en el proceso, estando legitimados para interponer la demanda de desahucio por precario los legítimos poseedores del inmueble, no siendo el único título válido para ello la propiedad
- (ii) *la identificación del bien poseído en precario*
- (iii) *la insuficiencia o carencia de título del demandado*. Siendo una característica esencial de la figura del precario la ausencia de título del poseedor, es necesario que la misma quede acreditada en el procedimiento.

Dicho procedimiento se ventilará por los trámites de juicio verbal por razón de la materia al estar expresamente recogido en el artículo 250.1 LEC, siendo por tanto indiferente la cuantía a estos efectos. Esto resulta especialmente relevante en el caso del desahucio por precario atendiendo a las normas de determinación de la cuantía que establece el artículo 251 LEC, en concreto a la contenida en el apartado segundo de dicho artículo: “*Cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda*”. Esto supondría que, de no haberse reservado la materia al ámbito del juicio verbal, la práctica totalidad de estos procesos se despacharían mediante el juicio ordinario debido a que, en la actualidad, el valor de los inmuebles habitables se encuentra muy por encima del límite de 6.000 euros que la ley establece para el juicio verbal.

Por otra parte, la independencia del procedimiento a seguir con respecto a la cuantía implica que en este procedimiento **tanto la postulación procesal como la asistencia letrada serán obligatorias** independencia de esta última, al no estar incluido el supuesto del desahucio en las excepciones a la intervención preceptiva de estos profesionales, las cuales se encuentran recogidas en los artículos 23 y 31 de la LEC respectivamente.

En cuanto a la competencia judicial, desde el punto de vista objetivo la misma corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, al no atribuir la LEC dicha competencia a otro órgano (art.45 LEC). Esta competencia se extiende a la ejecución del lanzamiento, en el caso que en el

¹⁰ También se recogen en las Sentencias del Alto Tribunal de fechas 16 de septiembre de 2022 y 21 de diciembre de 2020.

mismo sea decretado, en virtud del art. 545.1 LEC: “Si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de esta el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo”. Por otra parte, desde el punto de vista territorial, la competencia corresponderá al juzgado del lugar en el que se halle la finca en base al apartado 7 del artículo 52.1 LEC¹¹. Dicha atribución de competencia territorial goza de especial relevancia ya que, al despacharse este procedimiento por los trámites del juicio verbal por razón de la materia, la misma no puede ser alterada por sumisión de las partes, sea esta expresa o tácita, ya que el artículo 54 LEC excluye esta posibilidad. Por último, con respecto a la competencia funcional, como ya se ha comentado anteriormente, son los Juzgados de Primera Instancia los competentes tanto para conocer del procedimiento como de la ejecución de la sentencia, mientras que, en el caso de producirse recurso de apelación, el mismo será resuelto por la Audiencia Provincial correspondiente.¹²

La legitimación, tanto activa como pasiva, se desprende, lógicamente, del propio objeto del procedimiento. De esta manera, con carácter general, será legitimado activo aquel que ostente el derecho de poseer en virtud título y legitimado pasivo el ocupante sin título. Atendiendo a los supuestos de legitimación activa, entre los mismos se encuentra el titular registral del inmueble, el usufructuario, el legatario, así como los comuneros. Por otra parte, sobre la legitimación pasiva cabe destacar que solo es necesario que la demanda se dirija contra la persona que se irroga la posesión del inmueble, sin necesidad de dirigirse contra el resto de las personas que habitan en la vivienda. Asimismo, también se considerarán legitimados los ocupantes aun cuando se ignore su identidad, pudiendo el demandante dirigir la demanda a ellos mediante la fórmula de “ignorados ocupantes”.¹³

Este procedimiento goza además de **carácter plenario** lo que implica por una parte que no exista limitación, al menos a priori, sobre las cuestiones que pueden ser alegadas o los

¹¹ “No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes: En los juicios sobre arrendamientos de inmuebles y en los de desahucio, será competente el tribunal del lugar en que esté sita la finca”

¹² Vid. **IBARRA SÁNCHEZ, J.L.:** *Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio*, La Ley, Madrid, 2012, LALEY 5436/ 2012 pág.12-14

¹³ Vid. **BONET NAVARRO, J.:** *Los Juicios por Desahucio: Especialidades procesales para la recuperación del inmueble arrendado, ocupado o en precario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021, BIB 2021/1967, pág.22

medios de prueba a practicar y, por otra, que la sentencia va a gozar de efectos de cosa juzgada material con las consecuencias previstas en el artículo 222 LEC¹⁴.

Dicho carácter plenario se desprende del hecho de que el procedimiento de desahucio por precario no se encuentra recogido en el artículo 447 LEC, y es un hecho diferenciador de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil con la anterior del año 1881. Esta decisión del legislador, lejos de ser adoptada como una modificación menor, es una reforma de verdadero calado y uno de los objetivos de la nueva LEC del año 2000 y, como tal, se haya explicada en la propia Exposición de Motivos de dicho texto legal, concretamente en el Motivo XII: *“La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad.”*¹⁵

Con respecto a la prueba se ha de profundizar igualmente en cómo se distribuye la carga de esta. En concreto, la parte actora deberá acreditar la suficiencia del título en el que basa su demanda, esto es, su titularidad sobre la finca objeto del proceso, así como su derecho de poseerla, mientras que corresponderá a la parte demandada probar que ostenta un título que le vincule o bien con la finca o bien con la demandante y que le otorgue el derecho de permanecer en posesión de la finca.¹⁶

Esta distribución podría interpretarse como una inversión de la carga de la prueba, toda vez que, atendiendo a lo antes expuesto sobre legitimación, la parte actora ya ha tenido que acreditar el título en virtud del cual considera que ostenta el derecho posesorio sobre la finca para poder ser considerada como legitimada, por lo que, una vez admitido el procedimiento a trámite es ya el demandado el que ha de probar que su posesión es legítima.

¹⁴ Vid. **MATÍES FLORS, J.**: *Doctrina Jurisprudencial del pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág.303

¹⁵ La distinción entre ambos procedimientos de desahucio y su diferente carácter se haya también reflejado en esta exposición de Motivos al referirse al desahucio por falta de pago y/o extinción de contrato y su carácter sumario en estos términos: *“En cuanto al carácter sumario, en sentido técnico-jurídico, de los procesos, la Ley dispone que carezcan de fuerza de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a aquéllos en que se pretenda una rápida tutela de la posesión o tenencia, las que decidan sobre peticiones de cese de actividades ilícitas en materia de propiedad intelectual o industrial, las que provean a una inmediata protección frente obras nuevas o ruinosas, así como las que resuelvan sobre el desahucio o recuperación de fincas por falta de pago de la renta o alquiler”*

¹⁶ Vid. **RIZO GÓMEZ, B.**: “El desahucio por precario”, *Práctica de Tribunales*, nº96/97, 2012, pág.118-124, pág. 5

Dicha inversión de la carga de la prueba se encuentra recogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo pudiendo observarse, por ejemplo, en la Sentencia de fecha 7 de julio de 2021: *“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”*, así como en la Sentencia de fecha 26 de octubre de 2017¹⁷:

“la situación de precario no cesa por el hecho de que sea consentida durante cierto tiempo por el propietario, lo que por el contrario resulta habitual, y la doctrina de esta sala es clara al respecto en el sentido de que la carga sobre alegación y justificación del título posesorio corresponde al poseedor no propietario que en el caso del arrendamiento implica la necesidad de justificar el pago de la renta estipulada.”

Finalmente, con respecto a la sentencia que resulta de un desahucio por precario aparte de reiterar nuevamente que la misma surte plenos efectos de cosa juzgada, cabe señalar que el hecho de que además del demandado se encontrasen dentro de la vivienda otros ocupantes no vulneraría los requisitos de congruencia y exhaustividad de la sentencia ya que resulta prácticamente imposible que el demandante pueda averiguar con anterioridad al procedimiento el número de personas que ocupan el inmueble y su identidad.¹⁸ Asimismo, en lo que respecta al efecto de cosa juzgada, hay que tener presente qué pronunciamiento concreto va a contener la sentencia. Así, una sentencia que estima la demanda de desahucio por precario declara que el demandado no ha probado la existencia de título que ampare su posesión, mientras que la desestimación de la demanda no va a declarar qué derecho posesorio concreto le ampara, toda vez que el desahucio por precario no es un juicio de carácter declarativo.¹⁹

2.1.- COMPARACIÓN CON EL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO

El primer procedimiento con el que se va a realizar este análisis comparado es el desahucio por falta de pago o extinción de contrato. En este caso, la comparación no se basa, a diferencia de lo que va a ocurrir con los otros dos seleccionados, en la posibilidad de que, en función de la casuística, haya situaciones en los que ambos sean aplicables, sino que, lo que se van a

¹⁷ Vid. **GÓMEZ LINACERO A.**, “Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida.”, *Actualidad Civil*, nº2, 2021, LALEY 2174/2021 pág.17

¹⁸ Vid. **RIZO GÓMEZ, B.**: Op. Cit., pág.5-6

¹⁹ Vid. **IBARRA SÁNCHEZ, J.L.**: Op. Cit. pág.5

contrastar en este apartado son las diferencias que han dado lugar a la separación de ambos procedimientos que en la LEC de 1881 tenían una regulación común.

2.1.1.- Tipo de procedimiento, postulación y cálculo de la cuantía

Al igual que el desahucio por precario, el desahucio por falta de pago o extinción de contrato se encuentra recogido en el artículo 250.1 LEC por lo que se despacha por los trámites del juicio verbal por razón de la materia. A pesar de tramitarse ambos procedimientos mediante el mismo tipo de juicio el legislador distingue entre ambos a la hora de contemplarlos en el citado artículo, al incluirlos en dos apartados diferentes. Esta distinción responde a que, si bien en ambos casos la pretensión última del actor es el lanzamiento de la persona que ocupa el inmueble de manera ilícita, ambos procedimientos presentan diferencias esenciales que van más allá de la ya comentada con respecto al cálculo de la cuantía. Por tanto, el desahucio por falta de pago o extinción de la renta se recoge en el primer apartado del 250.1 LEC:

“Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca.”

Asimismo, esto implica que la postulación procesal y asistencia letrada sean obligatorias con independencia de la cuantía, tal y como ocurre con el desahucio por precario. La diferencia en este caso radica en el cálculo de dicha cuantía ya que mientras la del desahucio por precario coincide con el valor del inmueble, en el caso de los desahucios por falta de pago o extinción de contrato, la cuantía se corresponde con una anualidad de la renta pactada en el contrato, tal y como se recoge en el a: *“en los juicios sobre arrendamientos de bienes, salvo cuando tengan por objeto reclamaciones de las rentas o cantidades debidas, la cuantía de la demanda será el importe de una anualidad de renta, cualquiera que sea la periodicidad con que ésta aparezca fijada en el contrato”*, salvo en los casos en que la acción de desahucio se acompañe de una reclamación de rentas que supere dicha anualidad, en cuyo caso la cuantía del procedimiento se corresponderá con la cantidad reclamada en virtud del párrafo segundo del apartado segundo del artículo 252 LEC *“si las acciones acumuladas fueran la de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y la de reclamación de rentas o cantidades debidas, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la acción de mayor valor”*.

En todo caso, aplicando las reglas lógicas del mercado, la renta pactada en un contrato de arrendamiento de un determinado bien será, con casi total seguridad, muy inferior al valor del bien inmueble, por lo que la diferencia en el método de cálculo de la cuantía conllevará que, con carácter general, **la cuantía de los procedimientos de desahucio por precario sea muy superior a la de los del desahucio por falta de pago o extinción de contrato.**

2.1.2.- Ausencia de especialidades propias del desahucio y carácter plenario.

Las diferencias sustanciales entre ambos procedimientos radican en que, por una parte, debido a la propia naturaleza de la figura del precario, en este procedimiento no concurren las especialidades previstas para el desahucio por falta de pago o extinción plazo y, por otra, que estos procedimientos sí se encuentran previstos en el artículo 447 LEC, por lo que son procedimientos sumarios, a diferencia del desahucio por precario que goza de carácter plenario²⁰.

Con respecto a la primera cuestión, es evidente que las especialidades del procedimiento de desahucio por falta de pago, como pueden ser la enervación de la acción de desahucio, la condonación de la deuda o la acumulación de dicha acción con la reclamación de rentas, no tienen cabida en un procedimiento cuya situación de origen está marcada por las notas de gratuidad y ausencia de plazo y/o título.

En lo que concierne al carácter plenario o sumario de estos procedimientos, hay que atender al ya mencionado artículo 447 LEC, en cuyo literal se exceptúa el efecto de cosa juzgada en las sentencias *“que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo”*. Dicha redacción coincide a nivel terminológico con la del apartado primero del 250.1 LEC, por lo que se entiende que es a ese procedimiento, y no al de desahucio por precario, aquel al que se le atribuye el carácter sumario. Asimismo, y en base a las notas características del precario (ausencia de título y gratuidad), es evidente la incompatibilidad entre la situación de precario y la descrita en el citado artículo. Por todo ello es por lo que se puede deducir, de manera inequívoca, que el desahucio por precario es un

²⁰ Vid. **ARSUAGA CORTÁZAR, J.:** “Artículos 248 a 280”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dirigido por Marín Castán, F, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1221.

procedimiento de carácter plenario, frente al desahucio por falta de pago o extinción de contrato que es un procedimiento sumario.

La ausencia de limitación en las alegaciones trae como consecuencia directa que, en principio, en estos procedimientos, a diferencia de lo que ocurre en los desahucios de carácter sumario, no pueda exceptuarse este procedimiento por la alegación de una cuestión compleja²¹. Esto es, que en el procedimiento de desahucio por precario podrán debatirse los derechos posesorios, así como las relaciones jurídicas derivadas de estos, alegados por cualquiera de las partes, pudiendo entrar el Tribunal competente a examinar los títulos justificativos de dichos derechos y relaciones.²²

Especialmente ilustrativo de esta cuestión, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 12 de septiembre de 2005, en la que se recoge y sistematiza la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo previa al cambio normativo y al paso del proceso de desahucio por precario a procedimiento plenario:

*“Con anterioridad a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil había declarado el Tribunal Supremo (S. 10 enero 1958, 23 julio 1990, 21 abril 1997) que "en el juicio sumario y especial de desahucio pueden los Tribunales - y deben hacerlo- valorar y comparar los títulos posesorios de ambas partes para otorgar la preminencia en derecho al más fuerte, **sin pronunciarse, no obstante, sobre el problema de su validez, propio del derecho ordinario**", incumbiendo al juzgador "**discernir entre las alegaciones inconsistentes, a todas luces infundadas o que no tienen conexión con la materia de debate, las cuales pueden ser rechazadas de plano en el juicio de desahucio, y aquellas otras que fundándose en un título legítimo y suficiente para hacer por lo menos dudosa la actuación del demandante.**"*

De este modo, antes de la reforma legal del año 2000, bastaba con que el ocupante del inmueble invocara un título aparentemente válido que justificase su derecho de posesión para poner fin al procedimiento, no siendo posible que el Tribunal juzgase su validez. Esta situación es precisamente a la que hacía referencia el legislador a la hora de hablar de “*falta de seguridad jurídica*”, pues se produce la paradoja de que, al mismo tiempo que no correspondía al juzgador de ese procedimiento decidir sobre la validez de dicho título, sí debía pronunciarse sobre si el presunto título alegado era suficiente o no para considerar la existencia de una verdadera

²¹ Vid ARSUAGA CORTÁZAR, J., Op. Cit., pág. 1219-1221

²² Vid. **PUIG BLANES F.PÁG.**: “Artículo 250. Ámbito del juicio verbal”, *Ley de Enjuiciamiento Civil con jurisprudencia sistematizada*, Dirigido por Montero Aroca J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág.468.

cuestión compleja o si se trataba únicamente de una maniobra artificiosa del demandado. Por este motivo se podían producir casos en los que el legítimo poseedor del poseedor se viera obligado a acudir a un procedimiento judicial distinto para comprobar la validez del título alegado y, con posterioridad, interponer la acción de desahucio.

Esta situación de inseguridad no se produce en igual medida en los desahucios del apartado primero del artículo 250.1 LEC, dado que al existir un contrato en las partes del que se origina la controversia, las posibles cuestiones complejas en las que, por tratarse de un procedimiento sumario, no se va a poder entrar, son aquellas que tienen origen en el contrato, teniendo por tanto un margen muy reducido el demandado para realizar las mencionadas maniobras artificiosas que permitieran poner fin al procedimiento por esta vía.²³ Ejemplo de esta cuestión es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2009 en la que se recogen además pronunciamientos previos del Tribunal Supremo:

*“en el marco del juicio de desahucio **no pueden discutirse cuestiones complejas, que desborden y desnaturalicen el estrecho ámbito de un proceso especial y sumario** cuyo objetivo principal es la recuperación de la cosa arrendada, esta afirmación no puede entenderse de modo absoluto o radical y debe ser matizada, pues la misma doctrina es conforme en afirmar " que ello no impide dilucidar dentro de dicho juicio extremos que aparecen vinculados a la relación que se trata de extinguir y que constituyen en algún aspecto supuesto obligado de los pronunciamientos de la sentencia " (S.T.S. 2-II-1966) (...) **las complejidades capaces de producir la incompatibilidad con los estrictos trámites del juicio de desahucio son las que surjan de la naturaleza del contrato, no las que crea el propio demandado con argumentos defensivos"** (S.T.S. 23-VI-1970). Y es que **no puede servir tal complejidad para que el demandado, so pretexto de supuestos estados o situaciones, logre privar a quien ostenta título de la protección que la Ley le confiere, obligándole a que acuda al procedimiento ordinario, prolongando así indefinida e indebidamente su posesión inmediata del inmueble**”.*

Puede observarse como, al igual que ocurría en el procedimiento del precario, la jurisprudencia otorga al juzgador la capacidad de discernir entre verdaderas cuestiones complejas y simples maniobras defensivas artificiosas por parte del demandado, con el objetivo de evitar que estos procedimientos queden sin eficacia alguna. Sin embargo, la existencia de un contrato entre las partes supone una diferencia esencial, pues sirve como punto de referencia para discernir que cuestiones han de considerarse complejas, otorgando al demandante un

²³ Vid. ARSUAGA CORTÁZAR, J.: Op. Cit. pág. 1219-1221

mayor grado de seguridad jurídica y al juzgador un criterio claro en el que apoyar su decisión, lo cual justifica que, desde esta perspectiva, los desahucios por falta de pago de renta continúen siendo un procedimiento de carácter sumario.

En base a todo lo anterior, el carácter plenario del desahucio por precario excluye la cuestión compleja. Dicha afirmación la ilustra Audiencia Provincial de Toledo en su Sentencia de Fecha 1 de septiembre de 2006:

*“Como consecuencia, del carácter plenario del desahucio por precario, **cabe discutir en su seno todas aquellas cuestiones que afecten o se refieran al título ocupacional, que pueda esgrimir o alegar el demandado para justificar su situación posesoria, sin que proceda invocar la existencia de complejidad que provoque la desestimación de la demanda.**”*

A pesar de esta exclusión de la cuestión compleja, la entrada en vigor de la LEC del año 2000 no pone fin al debate sobre qué puede ser objeto de debate en un procedimiento de desahucio por precario, pues se han producido pronunciamientos de diferentes Audiencias Provinciales, en el sentido de que el hecho de que el procedimiento goce ahora de carácter plenario no puede dar lugar a desatender la naturaleza de la acción, debiendo ceñirse por tanto a discutir la recuperación de una finca cedida en precario y no la reivindicación o declaración de un derecho de propiedad sobre la finca.²⁴

Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de julio de 2006 en un caso en el que ambas partes alegan sobre la finca objeto de discusión ser propietarias de esta en virtud de sendos títulos de donación, la Audiencia decretó que ambos eran “igualmente eficaces a prior”, por lo que:

*“la prevalencia de uno u otro no puede enjuiciarse a través del juicio de desahucio por precario, que **no tiene por objeto el examen del derecho de propiedad, sino mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria o declarativa de dominio en el juicio declarativo ordinario que proceda y en el que las partes podrán debatir la eficacia y validez de los respectivos títulos.**”*²⁵

²⁴ En esta se han pronunciado diferentes Audiencias Provinciales, como la de Barcelona, a cuya sentencia de 21 de febrero de 2003 se remite la resolución citada, la de Las Palmas (Sentencia de 21 de junio de 2006), la de Pontevedra (Sentencia de 6 de julio de 2006) y la de A Coruña (Sentencia de 19 de julio de 2006) Vid. MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., Op. Cit. pág.4-5

²⁵ Similar razonamiento realiza la Audiencia Provincial de Barcelona, en la Sentencia de 21 de febrero de 2003: *“la ley limita el ámbito del juicio verbal, en lo que ahora interesa, a la acción encaminada a recuperar la plena posesión de la finca en situación de precario, lo que excluye de aquel ámbito las cuestiones referentes a la propiedad del inmueble o al contraste entre títulos contradictorios, que deben ser sustanciados a través del juicio que corresponda con arreglo a las rentas generales”.*

Este razonamiento no es del todo desacertado y es además coherente con el hecho de que el desahucio por precario no es un juicio de carácter declarativo y que se despacha por los trámites del juicio verbal a pesar de que el valor del inmueble supere los seis mil euros. Precisamente, en esos casos, una acción reivindicatoria de dominio sí se despacharía mediante un procedimiento ordinario, por lo que se podría argumentar que, al resolverse mediante dos procedimientos distintos, no cabría en el desahucio por precario resolver cuestiones referentes a la propiedad del inmueble.

A pesar de que, desde ese punto de vista, esta interpretación de la ley pudiera resultar correcta, esto también nos plantea dudas ya que el paso de este procedimiento a plenario, con la consecuente eliminación de los límites en pruebas y alegaciones, es una reforma pretendida por el legislador y de teórico calado, que distingue este de otros procedimientos de desahucio, mientras que como reconoce la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 21 de febrero de 2003 a la que remiten varias resoluciones citadas, esta línea jurisprudencial es ciertamente conservadora en cuanto que desestimar la demanda porque el ocupante del inmueble alegue un título eficaz “a priori” tiene efectos prácticamente idénticos a la excepción por cuestión compleja que el legislador pretendía evitar:

“Esto es lo que en definitiva, venía sosteniendo el Tribunal Supremo al excluir las cuestiones complejas del ámbito del juicio de desahucio bajo la legislación anterior al señalar, por ejemplo, en sentencia 10 de mayo de 1985 que las cuestiones complejas que escapen de la mera tenencia por los conceptos mas arriba indicados, deben de ser excluidas del estrecho margen procesal del juicio de desahucio "proceso sumario" y deben ser conocidas a través del juicio declarativo ordinario correspondiente con las debidas garantías que este comporta”.

Resulta en cierto modo contradictorio que al tiempo la que se reconoce el carácter plenario del procedimiento y la reforma pretendida por el legislador, las diversas Audiencias Provinciales acaben adoptando una argumentación idéntica a la de la jurisprudencia previa a la reforma legal que partía de un carácter sumario que ya no existe.

En definitiva, se produce una dicotomía entre el hecho de que el procedimiento sea plenario y por tanto haya que resolver todo lo que se plantee en el mismo, al tiempo que no se puede resolver sobre aquellas cuestiones que correspondan a un procedimiento declarativo que hubiera de ventilarse a través de un juicio ordinario, por lo que existe un cierto grado de indeterminación por el que, desde nuestro punto de vista, se sigue produciendo un grado de inseguridad jurídica, no pudiendo afirmar que la reforma del año 2000 lograra su objetivo a este

respecto al menos de forma total, dado que es muy difícil dibujar una frontera clara entre aquello en lo que un juez puede profundizar o no al abordar un procedimiento de desahucio por precario.²⁶

Para cerrar este apartado, se ha de referenciar que se han producido intentos de elevar esta cuestión al Tribunal Supremo, habiéndose interpuesto diferentes recursos que planteaban al alto Tribunal si es posible o no ventilar que parte tiene mejor derecho a poseer una finca en un procedimiento de desahucio por precario. Estos recursos han venido siendo desestimados vía Auto, siendo uno de los últimos el de fecha de 22 de septiembre de 2022, por lo que todavía no contamos con jurisprudencia que permita aclarar de manera definitiva.

2.1.3.- La prueba

Lo que sí constituye una diferencia evidente e incuestionable entre ambos procedimientos derivada del carácter plenario del desahucio por precario frente al sumario del desahucio del apartado primero del 250.1 LEC es la limitación de prueba en estos últimos. En concreto el artículo 444.1 LEC establece que: *“cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.”*

De nuevo, esta limitación en este tipo de procedimientos tiene lógica al partir de una relación contractual entre ambas partes, cosa que en el caso del precario no ocurre. Es más, la prueba de una relación de este tipo daría lugar a la inadecuación del procedimiento por lo que no permitir probarla podría producir una indefensión al demandado. Además, al no ser el concepto de enervación aplicable a la figura del precario, si la prueba tuviese que ajustarse al citado artículo quedaría limitada únicamente al pago.

²⁶ Esta situación lleva a pronunciamientos como el de la Audi se refleja perfectamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid: *“derogada la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y estado en vigor la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no puede invocarse, la doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, en el nuevo juicio verbal por razón de la materia de desahucio por precario, al no ser ya un juicio sumario, y estar radicalmente proscrito acudir, en un juicio no sumario... Siendo así que en un juicio no sumario hay que resolver todas las cuestiones que se plantean sean simples, complejas o complejísimas siempre y cuando guarden relación con la pretensión deducida en la demanda, en este caso intrínsecamente posesoria tendente a la recuperación de la posesión material de una finca que está en precario (si esta no fuera la pretensión sería una inadecuación de procedimiento).”*

La afirmación de que limitar la prueba a la existencia de pagos por parte del demandado daría lugar a indefensión no quiere decir, ni mucho menos, que dicha prueba carezca de relevancia en este procedimiento, toda vez que una de las notas características del precario es, como ya se expuesto, la gratuidad, la cual, en caso de acreditarse la existencia de pagos en concepto de renta por parte del demandado, quedaría excluida, dando como resultado la inadecuación del procedimiento. Aplicando la lógica y en atención a las características que han de reunir los pagos realizados para excluir la nota de gratuidad, para desvirtuar la condición de precarista es necesario que los pagos que se aleguen se hayan realizado de manera periódica y se haya especificado que los mismos se hacen en concepto de renta.

2.2.- COMPARACIÓN CON LA TUTELA SUMARIA DE DERECHOS POSESORIOS

Los procedimientos de desahucio de los apartados primero y segundo del artículo 250.1 LEC no son los únicos medios que este precepto pone a disposición del poseedor de la cosa para que proteja su legítimo derecho. Dicha Ley ofrece otras herramientas que también han de ser evaluadas en el presente trabajo, toda vez que la elección del procedimiento más adecuado por parte del demandante para llevar a cabo la defensa de sus intereses es una dimensión reconocida por el Tribunal Constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de nuestra Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de julio de 1985).

De este modo, el apartado cuarto del mismo artículo 250.1 LEC prevé que se tramiten mediante juicio verbal las demandas que *“pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien **haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute**”*. Este procedimiento, que trae su origen en los interdictos posesorios contemplados en la antigua LEC, podría tener aparente encaje en la situación de precario, sobre todo en la interpretación amplia del concepto realizada por el Tribunal Supremo ya que también pretende la protección de la posesión, teniendo, eso sí, un carácter sumario.

Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre ambos procedimientos con respecto a la realidad que defienden cada uno de ellos. Sobre esta cuestión existe amplia jurisprudencia, centrando el análisis en este caso en una sentencia reciente como es la Sentencia de 15 de diciembre de 2020, en la que el Alto Tribunal profundiza sobre estas diferencias.

Dicha Sentencia tiene origen en un recurso de casación interpuesto por considerar la recurrente que interpretaba que se había violado su derecho a escoger el procedimiento por el cual vehicular su petición por haberse desestimado su pretensión fundamentada en el 250.1.4 LEC. Como ya se ha comentado, el Tribunal Supremo no pone en duda la existencia de ese derecho si bien aclara que este está limitado por la necesidad de que el procedimiento escogido se adecúe a la pretensión planteada por el demandante, con base a abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“es imprescindible que el cauce procesal elegido sea el jurídicamente correcto, pues el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un derecho fundamental a procesos determinados; son los órganos judiciales los que, aplicando las normas competenciales o de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte acta.”

Centrada dicha cuestión, el análisis que realiza sobre el Tribunal Supremo sobre si el procedimiento escogido por la demandante en este caso o no es el que nos va a servir para dilucidar las diferencias entre este y el desahucio por precario. Así, comienza el Tribunal exponiendo en qué artículo del Código Civil se basa esta acción lo que ya supone una diferencia con el precario, que se incardina, según doctrina, en el 1750 CC

“el art. 446 CC reconoce a todo poseedor el derecho a ser respetado en su posesión, de forma que, "si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.”

Asimismo, la resolución hace referencia al mencionado origen de este procedimiento en los interdictos en la antigua LEC señalando que:

“La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha suprimido los interdictos como un procedimiento especial, al haber sido subsumidos en el ámbito del juicio verbal, regulado en el Título III del Libro II, de los procesos declarativos ordinarios, sin las especialidades procesales antes citadas (justificadas en la finalidad originaria de tutela sumaria de la posesión), si bien se mantiene la carencia de efectos de cosa juzgada de la sentencia que recaiga (art. 447.2 LEC)”.

De este modo, la Ley distingue al desahucio por precario de esta acción interdictal, lo que ha llevado, según el TS, a que:

“determinados precedentes de las Audiencias hayan considerado que en la actualidad resulta de menor utilidad para el propietario acudir a la "protección interdictal" del art. 250.1. 4º LEC (pretendiendo "la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute"), pudiendo, por lo mismos trámites, acudir al ejercicio de la "acción de precario", con arreglo al artículo 250.1. 2º LEC”.

Este razonamiento partiría de la idea de que, de existir identidad entre ambos procedimientos, parecería más lógico acudir a aquel de carácter plenario, toda vez que, como ya se ha comentado, no existirían límites en las alegaciones y, además, si se obtuviera un pronunciamiento estimatorio el mismo tendría efecto de cosa juzgada material.

Sin embargo, el Alto Tribunal rechaza esta idea declarando que:

“las acciones de tutela sumaria de la posesión (“interdictales”, según su terminología clásica), del art. 250.1. 4º LEC, conservan todo su interés para el poseedor de hecho que carezca de los títulos que habiliten el derecho a poseer a que se refiere el nº2 del mismo artículo.”

En este extracto el Tribunal Supremo señala el aspecto fundamental que distingue ambas acciones, y es que, si bien ambas están encaminadas a defender la posesión, mientras el desahucio por precario defiende el derecho a la posesión, el interdicto defiende el hecho posesorio, es decir, a la persona que ejerce la posesión de manera pacífica con independencia de si la misma se fundamenta en un título válido. Esta cuestión la expone el Tribunal en los siguientes términos:

“el art. 250 LEC distingue entre la acción por precario y la acción de tutela sumaria de la posesión (interdictal), aunque ambas estén encaminadas a la recuperación de la posesión, de forma que: (i) en el caso de la acción por precario (nº 2) la legitimación activa se reconoce a favor del dueño, usufructuario, o cualquier otra persona con “derecho a poseer”, de acuerdo con la conocida doctrina jurisprudencial de esta sala (sentencias 21 de marzo de 1961 y 26 de abril de 1963), según la cual el desahucio en precario, para ser eficaz, ha de apoyarse en el fundamento, de parte del actor, de la posesión de la finca a título de dueño, usufructuario, o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla; (ii) por el contrario, en el caso del nº 4º, para el ejercicio de la acción de tutela sumaria de la posesión, se reconoce legitimación activa a quien haya sido despojado de ellas o perturbado “en su disfrute”.”

Esta diferencia en la manifestación del derecho posesorio que defiende una y otra acción, tiene su traducción, como ya se desprende de los extractos referidos, en quién está legitimado para interponer una u otra acción, así:

“en el precario se reconoce legitimación activa a quien tiene el ius possidendi, aunque no tenga el ius possessionis, como poder de hecho sobre la cosa. Por el contrario, en la acción interdictal de retener o recobrar, únicamente se reconoce legitimación activa a quien se encuentre en el disfrute de la cosa, y lo que pretenda sea una rápida protección para la continuación en el goce pacífico de la cosa, como situación de hecho, en la que haya sido perturbado o de la que haya resultado despojado.”

Esto implica que, en la mayoría de los supuestos, realmente solo será procedente interponer una de las dos acciones, toda vez que, en atención a la interpretación que el Tribunal Supremo realiza del concepto de precario, aquellos casos en los que el mismo trae origen de una concesión graciosa del propietario del inmueble o en la mera tolerancia, el poseedor ya no se encuentra en el disfrute de la cosa y a esta situación se ha llegado sin que exista una perturbación o despojo, sino por la propia voluntad de dicho poseedor.²⁷

Por tanto, podemos distinguir entre tres tipos de situaciones:

- El demandante es titular de un derecho posesorio y pretende recuperar una finca que ha cedido de forma graciosa o a tolerado la ocupación de dicha finca. En esos casos solo podrá ejercer la acción de desahucio por precario.
- El demandante se hallaba disfrutando de la finca, pero no posee un título material en el que basar su derecho posesorio. En estos casos solo podrá ejercer la acción de tutela sumaria de la posesión.
- El demandante se hallaba en el disfrute de la finca gozando de título posesorio que justificaba el mismo. En este caso, a priori, se podrían ejercitar ambas acciones, decidiendo el actor cual es la que más le conviene en virtud de su derecho constitucional.

Este último caso descrito, podría corresponderse con el fenómeno de la “okupación”, frente al que la doctrina ha venido considerando que el desahucio por precario era una de las posibles vías para enfrentar esta situación previstas en nuestro ordenamiento.²⁸ Esta tesis se veía respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya que, además del encaje que tienen dichas situaciones con el tercer supuesto de los planteados por el Alto Tribunal (posesión gratuita sin la voluntad del propietario), permitía dirigir la demanda de desahucio por precario contra los “ignorados ocupantes” del inmueble.

Sin embargo, el legislador no encuentra esta vía como la más deseable para vehicular el procedimiento frente a un “okupa”, motivo por el que, mediante la Ley 5/2018, se introdujo un

²⁷ Dicha afirmación se realiza en base a la definición que realiza el Tribunal Supremo en la citada sentencia de los conceptos de “despojo” y “perturbación”: *“La primera (despojo) se corresponde con aquellos hechos materiales que se concretan en la privación total o parcial del goce de la cosa poseída. La segunda (perturbación) se identifica con las conductas que, sin la voluntad del poseedor o en contra de ella, suponen una invasión o una amenaza de invasión de la esfera posesoria que, sin llegar a su privación, la pone en duda e impide o dificulta su libre ejercicio, tal y como venía realizándose antes de la inquietación”*

²⁸ Vid. **PEREA GONZÁLEZ, A.**: “La recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente: un examen del proceso del artículo 250.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019 pág.1-2

nuevo procedimiento incardinado dentro del 250.1.4 LEC: *“Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, 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.”* Sin entrar en las especialidades que dicho procedimiento introduce en relación a las del artículo en el que se incardina toda vez que no es materia de estudio del presente Trabajo, si resulta importante reseñar que en la Exposición de Motivos de dicha Ley *“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”*.

Parte de la doctrina ha interpretado esta observación realizada por el legislador como una auténtica voluntad de excluir la vía del desahucio por precario en los casos de ocupación ilegal de inmuebles en favor de este nuevo procedimiento, defendiendo que, por una parte, la ley prevé otros procedimientos para la recuperación de dicho inmueble y, por otro, que el precario “parte de una situación tolerada”²⁹.

En cambio, otra corriente doctrinal, con la que se alinea el presente trabajo, entiende que tal exclusión no se produce y que, en consecuencia, el desahucio por precario sigue siendo un procedimiento válido por el que tramitar la recuperación de dichas viviendas. Por una parte, la definición de precario que se contiene en la citada exposición de motivos no se corresponde con la defendida por el Tribunal Supremo, ya que el Alto Tribunal sí contempla dentro del ámbito de aplicación del precario aquellos casos en los que la posesión se produce sin voluntad del propietario, postura reafirmada en pronunciamientos posteriores a la citada ley (p.ej. STS de fecha 16 septiembre de 2022). Tampoco se ha producido cambio a alguno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo referido a la legitimación pasiva de los “ignorados ocupantes”. Asimismo, cabe recordar que, según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las exposiciones de motivos de las leyes carecen de eficacia normativa y, por otro lado, ya se han producido pronunciamientos de diferentes Audiencias Provinciales

²⁹ Vid. ACHÓN BRUÑÉN, M.J.: Op. Cita, pág.1-3

rechazando que la Ley 5/2018 suponga la exclusión del procedimiento de desahucio por precario en estos procedimientos.³⁰

Para finalizar con los argumentos para sostener que el precario sigue siendo una figura válida para estos supuestos, siendo además compatible con el resto de procedimientos, es que al nuevo procedimiento introducido por la citada ley está restringido a determinados propietarios (personas físicas y entidades públicas o sin ánimo de lucro), por lo que, la exclusión del desahucio por precario, que no se encuentra limitado en este aspecto, podría provocar la indefensión de los propietarios excluidos del apartado segundo del 250.1.4 LEC.

2.3.- COMPARACIÓN CON LA PROTECCIÓN SUMARIA DEL TÍTULO REGISTRAL

Finalmente, para concluir este epígrafe, también hay que contrastar el procedimiento de precario con la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (250.1.7 LEC). Las diferencias entre este procedimiento y el desahucio por precario son muy similares a las que ya se han puesto de manifiesto con el desahucio por impago y la tutela sumaria de la posesión, ya que este procedimiento también tiene carácter sumario y las personas legitimadas para acceder al mismo pueden coincidir con el caso del precario.

En concreto, son legitimados activos aquellos los titulares de un derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, entre los que lógicamente se encuentran los derechos posesorios, sin contradicción.³¹ Es decir, si el procedimiento del 250.1.4 LEC pretende la defensa de la realidad posesoria, una realidad que podríamos denominar como física, lo que pretende este procedimiento es defender una realidad registral, pudiendo coincidir alguna de estas realidades o incluso ambas en la figura del legitimado activo en un procedimiento de desahucio por precario.

Más allá de la diferencia en la legitimación nos encontramos nuevamente ante un procedimiento que, por su carácter sumario se encuentra limitado en cuanto a las alegaciones

³⁰ Vid. Idem pág.16-17

³¹ Vid. **VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L.:** *El juicio verbal y sus especialidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, LALEY 9507/2019 pág.12-14.

que se pueden realizar durante este, restringidas estrictamente al contenido del artículo 444.2 LEC, que, además exige la prestación de caución.

A modo de cierre de presente epígrafe cabe realizar una reflexión final sobre estos procedimientos. A través de los medios previstos en el artículo 250 LEC, el legislador ha previsto medios de defensa de la posesión desde un prisma contractual (desahucio por falta de pago), registral (defensa de los derechos inscritos) y fáctico (tutela sumaria de la posesión), por lo que con estas tres herramientas se da cobertura a una gran cantidad de realidades, teniendo estos procedimientos carácter sumario y verbal. Por tanto, cabría preguntarse si una de las posibles soluciones al problema planteado sobre la ausencia de limitación en alegación pretendida para el desahucio por precario sería convertir a este último en un procedimiento plenario de cara a que este no resulte improcedente por tratarse en su seno cuestiones sobre el dominio del bien que hubieran de resolverse de este modo. Entendemos que el beneficio en forma de seguridad jurídica superaría al perjuicio que genera tener que renunciar al carácter verbal de estos procedimientos, toda vez que aquellos que pretendan obtener una tutela más inmediata de su derecho podrán acudir en muchos casos a otro procedimiento de carácter sumarial

3.- CESIÓN GRATUITA DE UNA VIVIENDA PARA USO FAMILIAR.

Uno de los ámbitos en los que el desahucio por precario puede generar mayor controversia es en los casos en los que el bien inmueble objeto del procedimiento constituye la vivienda familiar de un matrimonio. La Audiencia Provincial de Las Palmas define en su Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2007 la vivienda familiar como:

“el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos”.

De dicha definición se pueden extraer dos cuestiones importantes. La primera es que la vivienda no solo goza del carácter de familiar para los cónyuges, sino también para los hijos de estos, lo que, en el caso de que existan y sean menores, convierte cualquier decisión sobre la misma en una de carácter sensible toda vez que el interés del menor es un principio rector de nuestro ordenamiento y, por tanto, objeto de protección por las decisiones judiciales que a este respecto se tomen. Asimismo, puede observarse que, a la hora de categorizar una vivienda como

familiar, lo importante es quién reside en dicho inmueble y qué uso hacen del mismo, no siendo relevante a estos efectos quién o quiénes son los propietarios.

Esto es importante, dado que, con respecto a la citada propiedad, la misma puede responder a tres realidades diferentes:

- Que ambos cónyuges sean propietarios de la vivienda.
- Que solo uno de los cónyuges sea el propietario exclusivo de la misma.
- Que la vivienda sea propiedad de un tercero.³²

Es en este tercer supuesto en el que se va a profundizar en el presente epígrafe por ser aquel que se corresponde con la materia de este trabajo. Partiendo de la base de que no existe obstáculo alguno para que una vivienda titularidad de un tercero constituya la vivienda familiar de un matrimonio, en principio nada obstaría a que la misma fuera una vivienda “cedida en precario”, entendida esta expresión en la concepción amplia de la misma que se ha venido refiriendo a lo largo del presente trabajo. Para ello bastaría que dicha cesión se hiciera en los términos propios del precario ya expresados como son la gratuidad y la ausencia de plazo y título.

A pesar de que, a priori, se pudiera pensar que lo habitual es que en el caso de vivienda perteneciente a tercero lo que media entre este y el matrimonio sea un contrato de arrendamiento y, por tanto, la cesión responda a una contraprestación económica, aquellas de carácter gratuito no son para nada un caso extraordinario o inusual, dado que es bastante habitual en nuestro país que la vivienda donde inician su convivencia los matrimonios jóvenes sea propiedad de algún familiar o allegado que se la ceda de manera gratuita para facilitar su emancipación. Esta solución, además, tiene visos de convertirse en algo cada vez más frecuente toda vez que la situación económica y de precariedad laboral existente en la actualidad dificulta enormemente el acceso al mercado inmobiliario a la juventud.

Tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo, la cesión de una vivienda de forma gratuita puede conllevar, en función de las circunstancias, la existencia o bien de un comodato entre las partes o bien una situación de precario en función de si tal cesión está sujeta o no a un plazo determinado de tiempo ya sea porque ha sido pactado por ambas partes o bien porque se

³² Vid. **FERNÁNDEZ CHACÓN, I., GAGO SIMARRO, C.**: “Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.788, 2021, pág. 3372.

desprenda de un uso específico al que han convenido destinar el inmueble. Por tanto, en el presente epígrafe se estudiará si la cesión de un inmueble para su uso como vivienda familiar constituye un precario o un comodato, qué circunstancias determinarán la existencia de uno u otro y qué consecuencias tendrá esto a la hora de que esa vivienda pueda ser recuperada por la persona que ostenta el derecho posesorio sobre la misma (aplicabilidad o no del desahucio por precario en estas circunstancias).

3.1.- INICIO Y VIGENCIA DEL MATRIMONIO

Las posibilidades del propietario de la vivienda (en general del titular del derecho posesorio) de recuperar esta vendrán determinadas por la consideración que se le dé a la relación entre este y el matrimonio, distinguiendo entre el precario y el comodato. Esto es así dado que, si se le da la consideración de precario el procedimiento a seguir será el descrito a lo largo del presente Trabajo, mientras que, si se considera un comodato, el procedimiento estará sujeto por las normas propias de este. En concreto, se producirían dos diferencias esenciales entre una y otra situación:

- Frente a la situación de precario en la que, en virtud del artículo 1750 CC ya citado y la propia naturaleza de este, dependiente completamente de la voluntad del legítimo poseedor, el artículo 1749 del Código Civil que establece que: *“El comodante **no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.**”* Por lo tanto, si se determina la existencia del comodato, la vivienda familiar estará protegida de la posible reclamación por parte del cedente salvo caso de urgente necesidad de este último que, lógicamente, tendrá el deber de probar.
- Asimismo, a diferencia del precario, el procedimiento correspondiente no está previsto explícitamente en los artículos 249 ó 250 LEC por lo que se resolverá mediante procedimiento verbal o juicio ordinario en función de la cuantía de conformidad con el 249.2 LEC³³, lo que prácticamente siempre se va a resolver mediante juicio ordinario.

³³ Vid. GÓMEZ LINACERO, A.: Op. Cit., pág.6

En el caso en el que las partes hubieran pactado un plazo temporal para la cesión del inmueble, no existiría duda alguna al respecto de qué el negocio jurídico entre ambas es un comodato y, en todo caso, que esa fijación de plazo excluye el comodato. Sin embargo, dado el objetivo de la cesión, consistente en facilitar el inicio de la convivencia conyugal, y la relación de cercanía entre ambas partes, lo que implica un alto grado de confianza, no es lo más habitual que se produzca tal pacto. Por tanto, de acuerdo con el artículo 1740 CC, para la existencia del comodato será necesario que se haya pactado que la cosa se destine a un uso concreto. Dicho uso, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo *“ha de ser específico, y no simplemente el propio de la cosa según su destino”* (Sentencia 1078/2008 de 14 de noviembre), ya que sin esa especificidad se perdería el carácter temporal intrínseco al contrato de comodato que lo distingue del precario.

Por tanto, para poder apreciar existencia de comodato habría de considerarse que el uso del inmueble como vivienda familiar es un uso específico en cuanto a diferente del propio de la vivienda ya que sino la cesión de esta nunca podría constituir un comodato. En ese sentido cabe recordar que la vivienda ha de ser el núcleo básico de la convivencia de la unidad familiar, es decir, que la vida familiar ha de desarrollarse en esa vivienda lo que parece exigir una cierta permanencia de los miembros de la familia en ella y, en definitiva, ser la primera residencia de todos ellos, lo que supone que se hace un uso característico con unas notas concretas (principalmente de permanencia) que podrían constituir dicha especificidad.

Esta postura no es única ni pacífica existiendo corrientes doctrinales que defienden que el carácter familiar viene dado por el hecho de que es una familia quién habita la casa, siendo la habitación el uso propio de una vivienda y, por tanto, no pudiendo considerarse en modo alguno que, por el hecho de tener el carácter de familiar, se haya pactado un uso que conlleve la existencia de comodato. Dicha ausencia de especificidad en ese uso se ve reforzada además con la conceptualización de vivienda familiar realizada por el Tribunal Supremo en sus pronunciamientos más recientes, sirviendo de ejemplo la Sentencia de fecha 24 de mayo de 2021 en la que se afirma que *“es un concepto no controvertido en la doctrina jurisprudencial que conforme al art. 96 del C. Civil, vivienda familiar es la habitada por los progenitores e hijo(s), hasta la ruptura del matrimonio (sentencias 42/2017, de 23 de enero y 517/2017, de 22 de septiembre)”*

A pesar de que este razonamiento goza de cierta lógica, entendiendo que el uso natural de una vivienda es residir en él y que los requisitos que establece el concepto de familiar no exigen a los convivientes otra cosa que no sea desarrollar su vida dentro de la vivienda, la tesis adoptada por el Tribunal Supremo se inclina a favor de considerar dicho uso como específico. Así la Sentencia de fecha 2 de octubre de 2008, dictada en unificación de doctrina, declaró que: *“para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, **puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar.**”*

En consecuencia, la cesión gratuita para su uso como vivienda familiar puede ser objeto de un contrato de comodato y, por tanto, se hace necesario distinguir en que supuestos se produce ese contrato y en cuales simplemente se trata de una cesión en precario. Ante este planteamiento, cabe cuestionarse si es posible considerar que el comodato se produce por el mero hecho de que la vivienda se destine a tal fin, es decir, si se admite la posibilidad de que el contrato de comodato se realice de manera tácita, ya que en ese caso todas las viviendas familiares cedidas por un tercero de forma gratuita se considerarían cedidas en virtud de comodato, lo cual, desde nuestro punto de vista revela hasta qué punto la afirmación de que este uso es verdaderamente específico y distinto del propio de la cosa es discutible.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando los criterios para establecer en qué casos media un comodato. En concreto, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 18 de enero de 2010 especifica que: *“La regla será, por tanto, que **los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.**”*

Por tanto, se habrá de comprobar primero si existe comodato y en caso contrario acudir al precario, lo que básicamente se hará mediante la verificación de la existencia o no de un pacto para destinar la vivienda a ese concreto uso. De este extracto se puede sacar una primera conclusión, ya que, admitiendo la posibilidad de que el contrato no exista y por tanto se puede acudir por precario, se está excluyendo que se pueda asumir la existencia de dicho pacto por el mero hecho de que la vivienda se destine a tal fin, es decir, se excluye la existencia de un pacto

tácito. En consecuencia, si no existe pacto expreso de destinar la vivienda a uso familiar, el procedimiento a seguir sería el desahucio por precario.

Esto se encuentra refrendado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en reiteradas sentencias, como la de fecha 2 de octubre 2008, que establecen los siguientes requisitos para apreciar la existencia de un comodato, resumiendo todo lo expuesto hasta ahora:

“En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes”.

Es decir, salvo pacto expreso de destinar la vivienda a tal uso, la familia que habita una vivienda cedida en tercero lo hace en “precario”

No habiendo, a priori, ningún motivo para que la relación de origen se modifique durante la vigencia del matrimonio, se puede esquematizar a situación del siguiente modo:

- Si media pacto **expreso** entre las partes para destinar la vivienda al uso familiar, el propietario de la vivienda solo podrá recuperarla justificando una causa urgente para hacerlo y a través del procedimiento que por cuantía corresponda.
- En ausencia de dicho pacto, procederá interponer demanda de desahucio por precario, pudiendo recuperar la vivienda la propiedad sin necesidad de alegar causa alguna.

3.2.- DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

Cuestión diferente, y que se aborda a continuación, es la posibilidad de recuperar la vivienda una vez disuelta la unión matrimonial. Esto se debe a que la disolución del matrimonio traerá consigo un convenio regulador o una sentencia judicial que regule las condiciones en las

que dicha disolución se produce que contendrá en todo caso las medidas relativas al uso de la vivienda familiar.³⁴

Dicho pronunciamiento habrá de realizarse en base a las reglas del artículo 96 del Código Civil que, en su apartado primero, recoge que:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes”.

Como puede observarse, para aquellos matrimonios con hijos menores de edad, la norma por la que se atribuye el uso de la vivienda familiar, partiendo de una idea de guardia y custodia exclusiva, responde al **interés superior del menor**, principio que inspira al conjunto de nuestro ordenamiento jurídico en materia matrimonial y que es completamente independiente de cualquier consideración sobre la titularidad o cualquier derecho real sobre la vivienda.

Esto no implica que solo en el caso de que existan hijos menores se puede producir esta circunstancia, ya que en el apartado segundo del mismo precepto también se contempla que:

*“No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda **al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección**”.*

En definitiva, de la lectura conjunta de ambos preceptos, se pueden sacar dos conclusiones claves a la hora de afrontar este análisis:

- En primer lugar, que la decisión que se adopta por el juez es la concesión de un derecho de uso de la vivienda, cuestión completamente ajena a la titularidad de la vivienda, durante **un tiempo determinado** por el interés que, con esa decisión, se pretende proteger (ya sea el de los hijos o el del cónyuge).³⁵

³⁴ Esta obligación se desprende de los artículos 91 y 96 del CC que obligan al juez a decidir sobre esta cuestión cuando esta no se halle contemplada en el convenio regulador, lo que lógicamente deriva en que SIEMPRE vaya a existir una decisión a este respecto ya sea adoptada por los cónyuges o por los tribunales.

³⁵ Vid. **OLIVA BLÁZQUEZ, F.**: “Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal”, *Derecho de familia*, nº16, 2017, LALEY 14971/2017 pág. 1-2

- En segundo, que la decisión se va a adoptar en función de dicho interés, no siendo un factor que se contemple en la norma a quién corresponde la titularidad del inmueble, siendo frecuente que se le atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular por ser quien tiene la guardia y custodia de los hijos menores³⁶. Dicha tesis se encuentra respaldada por el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 31 de diciembre de 1994, define la vivienda familiar como: “*bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*” Por este motivo, para el supuesto práctico objeto de estudio carecería de relevancia quién es el cesionario de la vivienda y si la relación por la cual decide ceder la misma es con un cónyuge u otro.

Esta consideración de Alto Tribunal no está ni mucho menos exenta de conflictos, siendo el principal el hecho de que la atribución del uso de dicha vivienda se está realizando en un procedimiento del que el propietario solo formará parte de este cuando sea uno de los cónyuges, lo que conlleva que si la misma ha sido cedida por un tercero no va a ser tenido en cuenta. Por este motivo es esencial conocer cuál es el contenido exacto del derecho de uso que en virtud del artículo 96 CC se está concediendo a uno de los cónyuges, en cuanto determinar si este limita de alguna manera el derecho de propiedad, lo cual resultaría a priori llamativo dadas estas circunstancias.

Esta problemática tiene su origen en el hecho de que, aunque el posterior desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo ejemplificado en la sentencia antes citada haya contemplado el resto de supuestos, resulta evidente para una gran parte de la doctrina que la redacción del artículo 96 CC se ha realizado contemplando únicamente el supuesto en el que la vivienda familiar sea un bien privativo de uno de los cónyuges.³⁷ Ante esta situación era absolutamente indispensable que se pronunciase el Tribunal Supremo sobre cuestiones como la naturaleza del derecho previsto en el 96 CC, su alcance, la eficacia frente al derecho posesorio del tercero que cede la vivienda, etc. Dichos pronunciamientos llegaron en sendas sentencias dictadas en unificación de doctrina de fecha 14 de enero y 18 de enero de 2010.³⁸

³⁶ Vid. **CORDERO CUTILLAS, I.**: “Casuística ante la decisión sobre la vivienda familiar tras la separación o divorcio. Supuestos que suelen presentarse en la práctica procesal”, *Práctica de Tribunales*, nº108, 2014, pág.2-4

³⁷ Vid, **GALLARDO RODRÍGUEZ, A.**: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid. 2020, LALEY 15022/2020 pág. 2

³⁸ Vid. **FERNÁNDEZ CHACÓN, I., GAGO SIMARRO, C.**: Op. Cit. pág.3372

Esta última se pronunció sobre la naturaleza de este derecho, esto es, si el mismo tiene o no carácter real:

“el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real (...) el artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho.”

Tal afirmación se fundamenta en la comparación del artículo 96 del Código Civil español con la configuración que del mismo derecho se realiza en el Código Civil catalán, cuyo artículo 233-22 prevé explícitamente la posibilidad de inscribir este derecho en el Registro de la Propiedad lo que le dota de un carácter real indubitado.

Esto no quiere decir que el Tribunal Supremo se haya decantado por la tesis de que este derecho tiene carácter personal, sino que se ha optado por una solución “intermedia”. Así, en la Sentencia de fecha 14 de enero de 2010 se declara que:

*“la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el **derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real**, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección”.*³⁹

En esta misma sentencia se recoge el elemento clave a la hora de ponderar este derecho frente al del legítimo poseedor del inmueble y es que el Alto Tribunal declara que:

“la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía.”.

En definitiva, el derecho que se le atribuye al excónyuge al que se otorga el uso de la vivienda no es propiamente un nuevo derecho sino la proyección del título por el que el matrimonio utilizaba dicha vivienda.

Esto no comporta que el derecho de uso no goce de ninguna protección dado que, el uso de vivienda familiar tiene efecto “erga omnes” toda vez que el ejercicio de este derecho

³⁹ Vid. **CERVILLA GARZÓN, M.D.**: “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *InDret revista para el análisis del Derecho*, núm.4, 2017, pág.8-11

comporta una posesión pública y pacífica que, en consecuencia, ha de ser respetada por terceros. A esto hay que unir que el uso atribuido al excónyuge cotitular se encuentra protegido en caso de acción divisoria y subasta pública por parte del otro excónyuge.⁴⁰

Sin embargo, en aquellos casos en los que la vivienda se considere en origen cedida en precario es evidente, por todo lo expuesto, que de la sentencia o convenio regulador de divorcio no se desprende ninguna protección frente al legítimo poseedor de esta, por lo que este podrá recuperar la vivienda a través del procedimiento de desahucio por precario.

Cuestión distinta es la de aquellos casos en los que se considere que la vivienda en origen se cedió en virtud de un contrato de comodato ya que en esas situaciones se ha de profundizar en si el comodato continúa vigente o no una vez finalizado el matrimonio, pues en caso de considerarse extinguido se considerará que el cónyuge ocupa el inmueble en precario.

A este respecto, ya en la Sentencia de 14 de enero de 2010 el Tribunal Supremo declaró que:

“de ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC).”

Como puede observarse, el Alto Tribunal considera que, con carácter general, el cónyuge al que se otorga el derecho de uso no se subroga en la relación contractual que el otro tuviese con el cesionario de la vivienda, excepción hecha del caso del arrendamiento en virtud del artículo 15 LAU, aunque, como se recuerda en la propia Sentencia, incluso dicha subrogación no es automática y se encuentra condicionada a los requisitos establecidos por dicha ley. Por tanto, en aquellos casos en los que el comodato solo se haya celebrado con el cónyuge al que el uso no le haya sido atribuido, se considerará que el inmueble se está ocupando en régimen de precario una vez extinguido el matrimonio.

Sin embargo, por los propios condicionantes que rodean a este contrato, esto es, que se califica como comodato por considerar como uso específico el familiar, entendemos que lo habitual será que ambos cónyuges sean comodantes, por lo que la no existencia de subrogación

⁴⁰ Vid. Idem pág. 16-19

no solucionarían la cuestión planteada. Por ese motivo hay que acudir a otros pronunciamientos del Tribunal Supremo y en concreto a la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de octubre de 2008 en la que se resuelve la situación en la que ambos cónyuges eran comodatarios, siendo aplicable la solución adoptada para cualquier otra situación plantearle:

“la relación jurídica que vinculaba a los demandantes, titulares dominicales de la vivienda, y los demandados, era la propia del comodato. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues con independencia de que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que en cualquier caso se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida”.

Por tanto, una vez disuelto el vínculo matrimonial, se considera que el uso específico para el que se había cedido la vivienda ha cesado y con él el comodato, pasando a considerarse al cónyuge al que se haya cedido el uso como precarista. Esta solución resulta coherente con la conceptualización de precario ofrecida en este trabajo, recordando que el Tribunal Supremo consideraba como uno de los supuestos en los que este se producía aquellos casos en los que sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente.

Sobre este último pronunciamiento cabe destacar que, aun habiéndose producido con anterioridad a las Sentencias antes referidas que se habían dictado en unificación de doctrina, este no ha perdido su vigencia, por encontrarse alineada con la postura defendida por el Tribunal Supremo posteriormente. Así, ya en aquel momento se negó la posibilidad de que la atribución del uso de la vivienda comportase la creación de un nuevo derecho, declarando que:

“esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble.” .

Esta solución adoptada por el Alto Tribunal conlleva unos beneficios claros ya que es evidente que vehicular el procedimiento por el juicio de desahucio por precario y que no se pueda oponer el derecho de uso de la vivienda son facilidades de cara a recuperar el inmueble por parte del propietario mediante las que se le otorga un escenario de evidente seguridad jurídica de que el inmueble es recuperable en caso de que el matrimonio finalice. Asimismo, es importante reseñar que considerar la situación de los cónyuges divorciados como precaristas permite proteger al legítimo poseedor de las decisiones tomadas en un procedimiento en el que no ha podido ser parte.

Esto no hace que esta vía no presente conflictos ya que, en aquellos casos en los que el uso de la vivienda se haya atribuido porque en la ella residan hijos menores, el interés de estos se encuentra claramente desprotegido, quedando a la voluntad de los propietarios de la vivienda que dichos menores puedan seguir desarrollando su vida en esta.⁴¹

Esta situación ha sido abordada por el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 10 de octubre de 2010 admitió la posibilidad de “*atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos*”.

Desde nuestro punto de vista, esta solución es solo parcial, en la medida en la que solo se puede aplicar en aquellos casos en los que exista ese otro inmueble en el que puedan vivir los menores, no impidiendo que existan casos en los que se produzca el conflicto entre los derechos del propietario del inmueble y el interés del menor o menores para los que dicho inmueble ha venido constituyendo su vivienda familiar. Entendemos que en el debe de nuestro ordenamiento se encuentra ampliar y profundizar en estas vías de protección de los derechos del menor para evitar situaciones de desprotección.

Por tanto podemos concluir que con independencia de si en origen la cesión gratuita se realizó en virtud de comodato o en precario e, incluso, en caso de darse la primera situación, dicho comodato se hubiera celebrado con uno o con ambos cónyuges, desde el momento en el que cesa la convivencia conyugal se considera que aquel que ocupa la vivienda lo está haciendo

⁴¹ Vid. **LÓPEZ JARA, M.**: “La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil por el de otra distinta.”, *Derecho de familia*, núm. 6, 2015, LALEY 2738/2015 pág.6

como precarista, pudiendo el tercero propietario recuperar la vivienda cuando considere oportuno a través del cauce de del desahucio por precario.

Si bien es cierto que una vez expuesta y estudiada toda la sistemática que ha venido realizando el Tribunal Supremo con respecto a qué vía permite la recuperación de la vivienda por el tercero según las circunstancias, esta no resulta tan compleja, creemos que sería interesante un esfuerzo por parte del legislador para regular esta cuestión de manera sistematizada en el artículo 96 del Código Civil, siguiendo el ejemplo del código catalán, al estar abordando una materia tan sensible.

CONCLUSIONES

De la realización del presente Trabajo de fin de Máster se pueden extraer una serie de conclusiones y reflexiones sobre las que ya se ha ido incidiendo en el desarrollo de este.

La primera de ellas es que el precario, figura originaria del derecho romano, sigue teniendo vigencia en nuestro ordenamiento si bien el desarrollo normativo y principalmente jurisprudencial ha venido desposeyéndole en cierta medida de sus notas características originarias, pasando a considerarse como precarista a prácticamente cualquier ocupante de un inmueble cuando esta ocupación se realice sin título, sin plazo de tiempo y de manera gratuita.

Desde nuestro punto de vista, esta situación responde al nulo desarrollo que a nivel legislativo se ha realizado del concepto, lo cual ha dejado la puerta abierta a que el mismo sea llevado a cabo por el Tribunal Supremo que ha hecho del desahucio por precario previsto en el artículo 250.1.2 LEC un auténtico “cajón de sastre” a través del cual dar cobertura jurídica a pretensiones de lo más variadas. Esta interpretación de la figura, alejada del concepto original, puede resultar adecuada en la medida en la que esta se produce en un contexto en el que el desahucio por precario es una de las diversas herramientas puestas a disposición del poseedor para defender su derecho sirviendo para complementar y ampliar dicha cobertura.

Por otro lado, con respecto a las características del desahucio por precario, con la LEC del año 2000 el legislador ha desligado dicho desahucio del desahucio por falta de pago o extinción de contrato, al tiempo que le ha dotado de carácter plenario, lo que le diferencia del resto de procedimientos de defensa de la posesión analizados en dicho Trabajo. Estas decisiones fueron tomadas por el legislador a fin de evitar la inseguridad jurídica producida por las limitaciones propias de los procedimientos sumarios en lo que respecta tanto a las alegaciones como q la

proposición de prueba, lo que daba lugar a que habitualmente el procedimiento se considerase improcedente por la llamada “cuestión compleja”.

En este sentido, si bien compartimos el diagnóstico realizado por el legislador, cabe preguntarse si a la hora de dar solución a esta problemática se ha quedado a medio camino dado que ha mantenido el desahucio por precario como un juicio verbal por razón de la materia, lo que en cierta medida lo sigue limitando, toda vez que las cuestiones referentes al dominio del inmueble han de solventarse mediante un procedimiento ordinario, por lo que, según la jurisprudencia recogida en este Trabajo, aún siendo un procedimiento plenario en un desahucio por precario no se podrían discutir estas cuestiones. A este respecto y teniendo en cuenta que el resto de los procedimientos expuestos en este Trabajo protegen la posesión a través de un juicio verbal y de manera sumaria desde una realidad fáctica (tutela sumaria de la posesión) o registral, un desahucio por precario tramitado por el juicio ordinario permitiría abordar los casos más complejos sin limitación alguna por el tipo de procedimiento, pudiendo acumularse, por ejemplo, la declaración del dominio de la finca, no quedando por ello desamparados aquellos que prefieran acudir a un procedimiento verbal ya que, en la mayoría de los casos, se podrían amparar en los procedimientos antes mencionados.

Con respecto al estudio de la cesión gratuita de un inmueble a un matrimonio para que sea su vivienda familiar, la pretensión de recuperar la vivienda por parte del cedente se va a vehicular prácticamente siempre a través del desahucio por precario salvo la excepción de que exista un pacto expreso entre las partes para destinar dicha vivienda para uso familiar, lo cual haría que se considerase que el matrimonio ocupa el inmueble en virtud de un comodato mientras la unión conyugal continúe vigente. Al hecho de que los casos en los que se producirá dicho comodato, además de ser, en principio minoritarios, por requerir una formalidad impropia de la relación familiar o cercana entre cedente y cesionarios, hay que unir que resulta bastante discutible desde el punto de vista jurídico que puedan gozar de dicha consideración ya que, por mucho que se recoja en un contrato que el pacto por el que se cede la vivienda es un comodato para un uso específico que sería el uso familiar, este no deja de ser la mera ocupación de la vivienda para habitarla lo que supone desde nuestro punto de vista el uso habitual de la cosa, no pudiendo ser en consecuencia objeto de comodato.

En todo caso, las soluciones que ha venido planteando el Tribunal Supremo han dibujado un esquema bastante claro en el que, durante la vigencia del matrimonio, el cedente podrá

recuperar la vivienda en función de la naturaleza de la cesión, mientras que, si el mismo se extingue, podrá recurrir en todos los casos al procedimiento de desahucio por precario. Esta claridad no evita que, desde nuestro punto de vista sea deseable que dicho esquema se recoja expresamente en el texto del Código Civil al igual que ocurre en el derecho civil catalán, así como que se trabaje en soluciones de cara a solucionar posibles conflictos entre el derecho de propiedad del cedente y el interés de los menores que residan en la vivienda.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 1986 ROJ: STS 7653/1986

Sentencia del Tribunal Supremo 31 de diciembre de 1994 ROJ STS 20231/1994

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008 ROJ: STS 4872/2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2008 ROJ: STS 1078/2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 ROJ: STS 776/2010

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010 ROJ: STS 778/2010

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2015 ROJ: STS 2208/2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2020 ROJ: STS 4282/2020

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2020 ROJ: STS 4385/2020

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2021 ROJ: STS 2163/2021

Sentencia del Tribunal Supremo 7 de julio de 2021 ROJ: STS 2711/2021

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de febrero de 2003 ROJ: SAP 1660/20003

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 18 de marzo de 2004 ROJ: SAP IB 430/2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 12 de septiembre de 2005 ROJ: SAP TE 122/2005

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de julio de 2006 ROJ: SAP PO 1689/2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 1 de septiembre de 2006 ROJ: SAP TO 803/2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2009 ROJ: SAP M 15641/2009

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M.J.: “Deficiencias del procedimiento de «okupas» regulado por la Ley 5/2018 y soluciones a los problemas que plantea”, *Práctica de Tribunales*, nº139, 2019, <https://onx.la/e3c82> Consultado por última vez el 9 de enero de 2023

ARSUAGA CORTÁZAR, J.: “Artículos 248 a 280”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dirigido por MARÍN CASTÁN, F, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1200-1376.

BONET NAVARRO, J.: *Los Juicios por Desahucio: Especialidades procesales para la recuperación del inmueble arrendado, ocupado o en precario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *InDret revista para el análisis del Derecho*, núm.4, 2017. <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1345.pdf> Consultado por última vez el 9 de enero de 2023

CORDERO CUTILLAS, I.: “Casuística ante la decisión sobre la vivienda familiar tras la separación o divorcio. Supuestos que suelen presentarse en la práctica procesal”, *Práctica de Tribunales*, nº108, 2014. <https://onx.la/641d8> Consultado por última vez el 9 de enero de 2023.

ECHVARRÍA SUMMERS, F.M.: “Artículo 1750”, Dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentarios al Código Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs.11953-11966.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Sobre la figura jurídica del precario administrativo (con especial referencia a su aplicación al dominio público)”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm.126, 2005, págs.263-290.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., GAGO SIMARRO, C.: “Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.788, 2021, págs. 3369-3441.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid. 2020.

GÓMEZ LINACERO, A.: “Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida.”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021. <https://onx.la/69784> Consultado por última vez el 9 de enero de 2023.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “Los Contratos de Préstamo”, *CURSO DE DERECHO CIVIL II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Coordinado por SÁNCHEZ CALERO F.J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 403-428.

IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: *Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio*, La Ley, Madrid, 2012.

IGLESIAS REDONDO, J.: *Derecho Romano*, Sello Editorial, Barcelona, 2010.

LÓPEZ JARA, M.: “La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil por el de otra distinta.”, *Derecho de familia*, núm. 6, 2015, pág.129-140.

MATÍES FLORS, J.: *Doctrina Jurisprudencial del pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M.: “Desahucio por Precario”, *Actualidad Civil*, núm. 7, 2008, págs. 719-737

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal”, *Derecho de familia*, núm. 16, 2021, <https://onx.la/b9e0b> Consultado por última vez el 9 de enero de 2023

PEREA GONZÁLEZ, A.: “La recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente: un examen del proceso del artículo 250.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019, <https://onx.la/5462e> Consultado por última vez el 9 de enero de 2023

PUIG BLANES F.P.: “Artículo 250. Ámbito del juicio verbal”, *Ley de Enjuiciamiento Civil con jurisprudencia sistematizada*, Dirigido por MONTERO AROCA J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 529-542.

RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: “La pretendida naturaleza contractual del precario: diferencias con el contrato de comodato”, *Estudio de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Dirigido por DE VERDA Y BEAMONTE J.R. y Coordinado por CARRIÓN VIDAL, A. y MUÑOZ RODRIGO G., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 915-934.

RIZO GÓMEZ, B.: “El desahucio por precario”, *Práctica de Tribunales*, nº96/97, 2012, pág.118-124.

SALVATIERRA OSORIO, D.: “El juicio de precario (art. 250.1.2 LEC)”, *Práctica Tribunales*, nº104, 2013, <https://onx.la/c1472> Consultado por última vez el 9 de enero de 2023.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L.: *El juicio verbal y sus especialidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019

WONG ABAD, J.M.: “El Precario”, *Thémis*, núm. 15, 1998, págs.85-90