

Resumen:

Durante los últimos meses, hemos detectado que determinados juzgados de primera instancia de la Comunidad de Madrid, están realizando una extraña interpretación de los preceptos referentes a la usucapión, permitiendo con ello, la suspensión de algunos procedimientos de desahucio en precario.

Esta aplicación, más encuadrable en el contenido de nuestra antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, parece ignorar los cambios incorporados por la Ley 1/2000 referentes al procedimiento de desahucio y hace caso omiso de la jurisprudencia que nuestro Tribunal Supremo ha estado consolidando, en las ya casi dos décadas que han transcurrido desde su entrada en vigor.

Palabras clave: Desahucio en precario, prejudicialidad civil, usucapión

Abstract:

An odd interpretation of the precepts referring to the usucaption by certain juries of first instance belonging to the community of Madrid, has been detected during the past months. This interpretation enables the suspension of some precarious eviction procedures.

This action seems to follow the content of the former civil prosecution law, it seems to ignore the changes incorporated to the eviction procedures by the 1/2000 Law. Furthermore, these juries have ignored the jurisprudence that the Supreme Court has been consolidating for almost two decades since its effective date.

Keywords: *Civil prejudiciality, precarious eviction procedures, usucapión.*

Índice

1. Introducción.....	4
1.1 Justificación del interés del proyecto de investigación.....	4
1.2 Hipótesis.....	4
1.3 Metodología.....	5
1.4 Estructura.....	6
2. La usucapión o prescripción adquisitiva de dominio.....	7
2.1 El origen de la usucapión y su aplicación.....	8
2.2 Tipos de prescripción adquisitiva de dominio.....	10
2.2.1 De bienes muebles e inmuebles.....	10
2.2.2 Ordinaria y extraordinaria.....	11
2.3 Requisitos necesarios para la aplicación de la prescripción adquisitiva ordinaria de dominio.....	11
2.3.1 La buena fe.....	12
2.3.2 El justo título.....	14
2.3.3 Posesión en concepto de dueño.....	15
2.3.4 Pública, pacífica y no interrumpida.....	19
2.4 Requisitos necesarios para la aplicación de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.....	21
3. El procedimiento de desahucio en precario.....	23
3.1 Concepto.....	23
3.2 El desahucio en precario en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	24
3.3 Requisitos necesarios para la aplicación del procedimiento de desahucio en precario.....	26
3.4 La evolución en la aplicación del precario y su adaptación a nuevos supuestos de hecho.....	27
3.5 El desahucio en precario y el comodato.....	29
4. Análisis del supuesto de hecho origen del estudio.....	33
4.1 Hechos.....	33
4.2 Procedimiento judicial.....	33
4.3 Argumentos de las partes.....	34
4.3.1 Parte demandada.....	34

4.3.2	Parte demandante.....	35
4.4	Aplicación de la Ley y la jurisprudencia al caso concreto.....	36
4.5	Cómputo de los plazos en la prescripción adquisitiva de dominio.....	39
5.	Conclusiones.....	40
	Bibliografía utilizada.....	43
	Índice jurisprudencial.....	45

1. Introducción

1.1 Justificación del interés del proyecto de investigación

El proyecto de investigación al que vamos a dedicar las próximas páginas tiene como objetivo el análisis de las nuevas tendencias aplicativas, tanto del proceso de desahucio en precario y los importantes cambios que en él produjo la entrada en vigor de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), como de los preceptos del Código civil referentes a la prescripción adquisitiva de dominio.

Este asunto se ha convertido en los últimos meses en materia de gran actualidad, debido a que hemos sido testigos de la suspensión de un procedimiento de desahucio por presunta prejudicialidad civil, mediante la presentación de una demanda paralela basada única y exclusivamente en dudas, aparentemente infundadas, sobre una posible aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio, demanda aceptada a trámite por un juzgado de primera instancia de la Comunidad de Madrid.

Esta nueva aplicación, está significando un escudo para los precaristas, permitiendo la paralización de los procedimientos de desahucio interpuestos por los propietarios, promovido por una aplicación que, en apariencia, poco concuerda con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con consecuencias económicamente devastadoras para los propietarios de bienes inmuebles, cuyo único deseo es recuperar lo que legítimamente les pertenece.

Si esta aplicación de la Ley se consolida, o incluso terminase generalizándose, podría desembocar en un aumento en la dificultad para prestar ayuda a los familiares cuando éstos la necesiten, a pesar de la evidente importancia que para el legislador decimonónico tenía esta materia, como quedó reflejado en numerosos preceptos de nuestro Código civil; pero que, con las dificultades futuras que provocaría la recuperación de lo prestado, podría suponer un mayor deterioro del ya desnaturalizado modelo familiar que conocemos.

1.2 Hipótesis

Las preguntas principales que han suscitado la redacción de este trabajo han sido las siguientes:

¿Porque algunos juzgados de primera instancia están procediendo a la suspensión de procedimientos de desahucio en precario por una mera e infundada solicitud de aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio?

¿Existen motivos legales o jurisprudenciales que motiven esta aplicación?

¿Qué consecuencias podría conllevar la consolidación de esta aplicación?

Para abordar estas cuestiones, primero vamos a centrarnos en el estudio de la usucapión, sus orígenes y características principales, para lo que intentaremos hacer frente a cuestiones como:

¿Qué fines tenía la institución jurídica de la usucapión en sus orígenes? Y ¿Cuáles son los requisitos *sine qua non* para que pueda aplicarse la prescripción adquisitiva de dominio ordinaria y extraordinaria?

Debido a que ha sido un procedimiento de desahucio en precario la base de este estudio, procederemos a ahondar en sus características. Para ello, centraremos nuestros esfuerzos en contestar las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los cambios producidos por la LEC en el procedimiento de desahucio? Y ¿Cuál es la tendencia de la Sala primera del Tribunal Supremo para con el concepto de precarista?

1.3 Metodología

Para la redacción de este trabajo vamos a utilizar una eminente metodología de corte cualitativo, quedando basada en la descripción de un supuesto concreto determinado, para posteriormente proceder a su análisis en profundidad. Para llevar a cabo este análisis recurriremos a las normas de interpretación básica hermenéutica del artículo tercero de nuestro Código civil.

Por otro lado, vamos a utilizar como metodología principal la revisión jurisprudencial, centrándonos en el análisis del contenido de las diferentes sentencias que, el Tribunal Supremo ha dictado en las diferentes materias objeto de estudio, especialmente, desde la aprobación de la aún joven LEC.

También, recurriremos a la revisión bibliográfico doctrinal, con el objetivo de conocer las diferentes posturas y posiciones que algunos de los más eminentes romanistas han tenido sobre los elementos relativos a la prescripción adquisitiva de dominio y el procedimiento de desahucio en precario.

Tras examinar en profundidad las consideraciones de nuestros Tribunales, procederemos a la redacción de este estudio con un enfoque eminentemente dogmático, que nos permita hacer frente a las cuestiones que nos hemos planteado.

En menor medida, recurriremos también al enfoque histórico, para poder vislumbrar las raíces de las diferentes instituciones jurídicas objeto de estudio, indagando en los posibles objetivos que motivaron a los legisladores en su creación y regulación.

1.4 Estructura

El trabajo va a constar de cinco epígrafes, desde esta misma introducción hasta el quinto y último, reservado a las conclusiones obtenidas de la investigación.

El segundo capítulo va a estar dirigido al estudio de la usucapión, o como se denomina en la legislación actual, de la prescripción adquisitiva de dominio. En su redacción, prestaremos especial importancia a los requisitos necesarios para que pueda ser aplicada dicha institución jurídica, con el fin de intentar comprender los motivos que están llevando a determinados jueces a aplicarla de esta manera.

En el capítulo tercero, procederemos a analizar el procedimiento de desahucio, especialmente el dirigido a precaristas, prestando especial atención a las variaciones procesales y materiales incorporadas por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Además, analizaremos las nuevas corrientes contenidas en la jurisprudencia de los Tribunales conforme al concepto de precarista.

El capítulo cuarto centrará su contenido en el análisis del caso concreto que ha dado origen a este estudio, incluyendo los argumentos alegados por las partes y las singularidades del procedimiento, realizando una comparativa de aquéllos, con la aplicación que, de los mismos, han estado realizando nuestros Tribunales en los últimos años.

2. La usucapión o prescripción adquisitiva de dominio

La usucapión, o como está recogida en nuestro Código civil¹, prescripción adquisitiva de dominio, es uno de los modos de adquisición de la propiedad reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

Lo que no está muy claro es si, es un modo originario o derivativo de adquisición, ya que existe discusión entre los romanistas².

Tiene como objetivo, hacer efectivas aquellas adquisiciones de bienes que nacen ineficaces por el incumplimiento de los requisitos necesarios recogidos en la ley. En la actualidad, uno de los más comunes, la falta de escritura pública en las transmisiones de bienes inmuebles, trámite de obligado cumplimiento por el contenido del artículo 1280.1 del Código civil.

En Derecho romano, especialmente en su etapa clásica, existían multitud de requisitos para la realización de los negocios jurídicos, además de que, eran pocas las personas que tenían capacidad jurídica para llevarlos a cabo. Por ello, fue necesaria la creación de la *usucapio*, ya que, mediante la mera posesión continuada de la cosa adquirida, se podían subsanar todos estos defectos.

Escribe ALVARADO CHACÓN:

“El ejercicio de hecho del poder sobre la cosa aparece como el medio más idóneo a salvaguardar la situación de quien apareciese merecedor de protección, la posesión calificada fue el medio que sanó y conservó las transferencias defectuosas y todos los sucesivos actos de enajenación y adquisición de la cosa que hubieran sido de otra manera absolutamente inhábiles para hacer nacer un dominio quirritario. Quien posee por un

¹ Aparece recogida en el Libro IV del Código civil, en su Título XVIII, Capítulo II “De la prescripción del dominio y demás Derechos Reales”, entre los artículos 1940 y 1960.

² Véase: BONFANTE, P., “*Corso di Diritto Romano*”, Vol. 11, Diritti Reali, págs. 204-205 y LONGO, G., “*Corso di Diritto Romano Diritti Reali*”, págs 157-158. Cedam Padova, 1962. Aunque algunos autores como VERDA Y BEAMONTE, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, tienen claro su carácter originario, como recoge en su artículo de investigación: algunas reflexiones sobre la usucapión “secundum” y “contra tabulas”. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de 21 de enero de 2014. Publicado en la revista Actualidad Jurídica Iberoamericana en agosto de 2014 (págs. 139 a 148).

*determinado periodo de tiempo, está exonerado de ofrecer cualquier otro medio de prueba de su propiedad*³.

Tuvo por ello gran utilidad la usucapión durante todo el periodo del Imperio romano, evitando multitud de pleitos, no solo por la subsanación de defectos en las enajenaciones, sino también por la existencia de gran número de fundos sin dueño conocido que existían durante esta época.

Es evidente que, durante las guerras y conquistas territoriales, como fue gran parte del periodo Imperial romano, tanto las muertes de los propietarios, como las extensiones de terreno conquistadas, quedan en un estado de semi-abandono hasta que vuelven a ser repobladas, entrando en juego en muchas ocasiones la usucapión, que significó un gran instrumento para la solución de conflictos entre los posibles dueños.

Su funcionamiento se basa en la tenencia de la cosa durante un periodo de tiempo determinado por la ley, siempre y cuando, durante este periodo de tiempo, se cumplan una serie de requisitos, pudiendo obtener así la propiedad de la cosa, subsanando los defectos formales del acto de transmisión o los defectos de derecho en el transmitente⁴.

La prescripción adquisitiva tiene su razón de ser en la seguridad jurídica, con el objetivo de evitar situaciones de incertidumbre y duda sobre el verdadero dueño de un bien⁵, “castigando” al propietario que lo “abandonó”, y en favor de aquel que realmente lo posee con el *animus*⁶ de propietario.

2.1 El origen de la usucapión y su aplicación

³ ALVARADO CHACÓN, R., "La usucapión como modo de adquirir la propiedad en el Derecho romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana", *ANUARIO del Instituto de Derecho Comparado*, Vol. 26, 2003, pág. 5.

⁴ En el Derecho clásico romano se corregían mediante la usucapión la *traditio rei Mancipi* y la *adquisición a non domino*. Véase MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 186 – 187.

⁵ Los objetivos que tenía esta institución jurídica en sus orígenes durante la etapa clásica del derecho romano se han mantenido invariables, como podemos comprobar en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Véase STS de 6 de marzo de 1991.

⁶ Conocido como *animus possidendi* durante la época del Imperio Romano, se trataba del elemento subjetivo de la posesión. Consistía en una intención permanente y continuada de poseer la cosa para sí mismo. Podría compararse con lo que, en la actualidad, nuestro Derecho civil conoce como: “Posesión en concepto de dueño”, que estudiaremos en apartados posteriores.

Como muchas otras figuras jurídicas de nuestro ordenamiento, la usucapión tiene su origen en el Derecho romano. Además, los diferentes textos legales surgidos en la Península ibérica la mantuvieron en su contenido, llegando así, con apenas variaciones, al derecho español contemporáneo.

La usucapión aparece por vez primera en la ley de las XII tablas⁷, en un intento de los juristas romanos de evitar la incertidumbre sobre el verdadero propietario de las cosas. Rezaba la tabla 5-6: "*los fundos serán adquiridos por usucapión, después de 2 años de posesión, las cosas muebles después de un año*".

Poco después, GAYO la recoge en sus textos⁸, tratándola como una institución jurídica ya consolidada, y cuya aplicación está extendida, al menos en la Península itálica.

Durante un largo periodo de tiempo, la usucapión únicamente tenía efectos en suelo itálico, por lo que, los juristas romanos crearon la *longi temporis praescriptio*⁹, para poder expandir su aplicación a las numerosas provincias del Imperio romano.

Así, ambas instituciones jurídicas convivieron por largo tiempo, hasta que el emperador JUSTINIANO eliminó sus diferencias, fusionándolas en una sola en el año 531, como quedó constancia en sus compilaciones¹⁰. Desde ese momento, únicamente se mantuvo una diferencia terminológica entre *usucapio* y *praescriptio*, quedando la primera para los bienes muebles y, la segunda, para los bienes inmuebles.

⁷ Véase como ejemplo: OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y Francés histórico*, Ed. Bosch, Tomo II, Barcelona, 1963, pág. 546. (Traducción realizada por MANUEL FAIRÉN del Título original: *DROIT ROMAIN ET ANCIEN DROIT: Les biens*, Collection "THÉMIS", Presses Universitaires de France, París, 1961.

⁸ Institutas 11, 42: "*La Usucapión de los bienes muebles se cumple al año, la de un fundo o de una casa en dos años. Así está dispuesto en la Ley de las XII Tablas.*" Afirmación incluida con posterioridad en D. 41, 3,1 y completada por MODESTINO en D. 41, 3,3, donde nos otorgó su definición de la misma: "*La Usucapión es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la Ley*".

⁹ Figura jurídica surgida en el Derecho romano a finales del siglo II d.C. con el objetivo de ampliar la aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio a supuestos que la *usucapio* no contemplaba. Permitió a los ciudadanos extranjeros, es decir, a los no romanos, poder aplicar la prescripción adquisitiva, además de ampliar la aplicabilidad de la misma a los fundos sitios fuera de la península itálica. Los plazos para su aplicación eran más amplios que los requeridos en la usucapión, siendo de 10 años para presentes y de 20 para ausentes.

¹⁰ C. 7, 31, 1

Con el paso de los siglos y, la multitud de articulados legislativos que han sido de aplicación en nuestro territorio peninsular, únicamente ha llegado hasta nuestro Código civil la usucapión, manteniendo la mayor parte de las características que ya poseía durante el periodo del Derecho romano clásico.

2.2 Tipos de prescripción adquisitiva de dominio

Nuestro Código civil realiza únicamente dos clasificaciones dentro de la prescripción adquisitiva de dominio, diferenciando entre la de bienes muebles e inmuebles y la ordinaria y extraordinaria.

2.2.1 De bienes muebles e inmuebles

La primera clasificación a la que hemos hecho mención, como bien dice su nombre, se refiere a la que afecta a uno u otro tipo de bienes, pudiendo reseñar que, entre unos y otros, lo único que cambia es el tiempo necesario para que se produzca su aplicación.

Quedan determinados los siguientes plazos:

- Prescripción ordinaria de bienes muebles: 3 años (artículo 1955 del Código civil).
- Prescripción ordinaria de bienes inmuebles: 10 o 20 años¹¹ (artículo 1957 del Código civil).
- Prescripción extraordinaria de bienes muebles: 6 años (artículo 1955 del Código civil).
- Prescripción extraordinaria de bienes inmuebles: 30 años (artículo 1959 del Código civil).

Como hemos reseñado con anterioridad, en las primeras alusiones a la prescripción adquisitiva de dominio realizadas por los juristas romanos, se dispusieron unos plazos de 1 año para bienes muebles y 2 para los inmuebles. Es comprensible que, en una sociedad como la romana, muy desarrollada para su época

¹¹ Dependerá de que se considere presente o ausente al propietario por las estipulaciones del artículo 1958 del Código civil: *“Para los efectos de la prescripción se considera ausente al que reside en el extranjero o en ultramar.*

Si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se reputarán como uno para completar los diez de presente.

La ausencia que no fuere de un año entero y continuo no se tomará en cuenta para el cómputo.”

pero, con evidentes limitaciones registrales y de control, se determinarán unos plazos más reducidos. Se evitaba, de esta manera, el abandono prolongado de la tierra, lo que favorecía su explotación agrícola y ganadera y, con ello, la economía. Además de favorecer la seguridad jurídica, impidiendo el desconocimiento del verdadero dueño de un fundo durante un largo periodo de tiempo¹².

2.2.2 Ordinaria y extraordinaria

Aunque nuestro articulado civil únicamente hace referencia a la prescripción ordinaria, se desprende claramente de su texto la existencia de una extraordinaria. Para la primera de ellas, se estipulan como requisitos indispensables la buena fe y el justo título del poseedor, requisitos que analizaremos más en profundidad en el siguiente apartado.

Queda así la prescripción extraordinaria únicamente sujeta a la posesión efectiva del usucapiente, es decir, que respete el contenido del artículo 1941 del Código civil, siendo en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida¹³.

2.3 Requisitos necesarios para la aplicación de la prescripción adquisitiva ordinaria de dominio

Los requisitos para la aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio se deducen del conocido como hexámetro, cuyo contenido estaba formado por: *res habilis, titulus, fides, possessio y tempus*¹⁴. Como podemos comprobar, los requisitos apenas han variado desde finales de la época clásica del Derecho romano.

En el Derecho español actual, la prescripción adquisitiva de derechos reales está recogida por el Libro IV, Título XVIII del Código civil, además de algunas otras referencias como las del artículo 447 y 609 del mismo articulado. Pero es el

¹² Para algunos romanistas, el plazo de 2 años destinado a la usucapión de bienes inmuebles, se debía a las políticas agrarias existentes en la época, debido a que la práctica utilizada era la de ciclos de cultivos bianuales. Véase: Ob. Cit. OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J., pág. 546.

¹³ Para algunos autores, esta inexigibilidad de la buena fe y justo título para adquirir la propiedad consiste en una usurpación de bienes que debería ser eliminada del nuestro ordenamiento jurídico, debido a que adquirir un derecho real sobre un bien actuando de mala fe y contra el título de otro no puede ser de justicia. Plantean incluso la inconstitucionalidad de la prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria, por ser contraria al artículo 33 de la Constitución española. Véase: PIÑEIRO VIDAL, J.L., "Inconstitucionalidad de la usucapión sin buena fe y sin título", *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 2375, 21 de febrero de 2007, pág. 2.

¹⁴ Ya en la época clásica del derecho romano los requisitos eran la *res habilis*, es decir, que el bien fuera susceptible de usucapir, el título, la buena fe, la posesión y el tiempo determinado por la ley.

Capítulo II de dicho Título, denominado por el legislador: “*de la prescripción del dominio y demás derechos reales*” el que más interesa a este estudio.

Comienza el Capítulo II con el artículo 1940, determinando ya dos de los principales requisitos para que se pueda producir la prescripción adquisitiva ordinaria de dominio: “*para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley*”. Queda así determinado que el usucapiente debe poseer con buena fe y justo título.

Además, el artículo 1941 reza: “*la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.*”. Incorporando así, las características que debe tener la posesión del usucapiente para que la adquisición pueda tener efecto.

2.3.1 La buena fe

En nuestro actual Código civil, la buena fe ha quedado regulada como un auténtico principio general del derecho. Esto lo convierte en una obligación para todos los sujetos jurídicos, consistente en proceder de forma “correcta”, actuando conforme a derecho en las relaciones jurídicas que se lleven a cabo con los demás.

A pesar de la importancia de la buena fe como principio general de nuestro derecho, no fue recogida como tal por nuestro Código civil hasta la modificación del título preliminar llevada a cabo en 1974¹⁵, quedando encuadrada en el artículo 7.

Reza así el citado precepto:

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

¹⁵ Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil (B. O. E., 9 de julio), de conformidad con la autorización conferida por la ley 3/1973, de 17 de marzo (B. O. E., 21 de marzo).

Podemos afirmar que, la buena fe queda declarada como la antítesis del abuso del derecho, el ejercicio antisocial de los derechos y su ejercicio desproporcionado. Podemos señalar por ello que, actuar con buena fe es hacerlo de forma moral y socialmente correcta, conforme a los cánones marcados por la realidad social del lugar en que se llevan a cabo los actos.

La buena fe siempre ha sido uno de los requisitos exigidos para que pueda producirse la prescripción adquisitiva de dominio, no solo en la breve vida de nuestro Código civil, sino también desde las primeras apariciones de la usucapión en el derecho romano¹⁶.

El artículo 1950 nos otorga la definición de la buena fe, señalando las características que debe tener para ser de aplicación en la prescripción adquisitiva de dominio. Reza así: *“la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”*.

Parece evidente que, para que la posesión pueda considerarse compatible con la buena fe, el poseedor debe, en primer lugar, adquirir el dominio del bien. En segundo lugar, aunque la adquisición no cumpla todos los requisitos exigidos por la ley, como, por ejemplo, la inscripción del negocio jurídico en escritura pública en la transmisión de bienes inmuebles, sí será necesario que la transmisión del bien sea realizada por el verdadero dueño de la misma, o al menos que, el adquirente, tenga la verdadera creencia de que la persona que se lo transmitió estaba legalmente legitimado para ello.

Nuestro máximo Tribunal ha recogido en sus sentencias esta necesidad. Como queda reflejado, entre otras, en la STS 1043/2002 de 11 de noviembre, que asevera:

“En cuanto al requisito de la buena fe, el art. 1950 del Código Civil lo define en su aspecto positivo como «creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio», en tanto que «en su faceta negativa el art. 433 de dicho Código lo define como ignorancia de que en su título o modo de adquirir existe vicio

¹⁶D. 6, 1, 23 ,7: *“Asimismo, si alguno hubiere edificado en suelo suyo con materiales ajenos, podrá ciertamente vindicar la casa, pero una vez separado los materiales los vindicará el primitivo dueño, aunque el edificio haya sido demolido pasado el tiempo de la usucapión, después de que hubiere sido poseído por un poseedor de buena fe; porque no se adquiere por usucapión cada uno de los materiales, aunque la casa se haga nuestra por el transcurso del tiempo”*.

que lo invalide»; por otra parte es doctrina reiterada la que afirma que la buena fe, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento”.

Podemos concluir que, para que se considere que la posesión se está realizando de buena fe, debe existir una actuación éticamente correcta del poseedor, sin intención de aprovecharse de la apariencia jurídica de verdadero dueño que le otorga la posesión del bien, pero sobre todo, que el bien se haya adquirido.

2.3.2 El justo título

Queda regulado el justo título necesario para la aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio en los artículos 1952, 1953 y 1954 del Código civil.

Artículo 1952. *“Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate”.*

Artículo 1953. *“El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido”.*

Artículo 1954. *“El justo título debe probarse; no se presume nunca”.*

De los reproducidos preceptos, podemos extraer que, es necesaria la existencia de un justo título para la aplicación de la prescripción adquisitiva ordinaria. Este título debe ser válido para la transmisión del bien, por lo que, es indudable que, el usucapiente debe haber realizado un negocio jurídico a favor de la adquisición del bien.

El artículo 433 del Código civil aparece como clarificador de lo anterior: *“se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.*

Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario”.

Confirma este último precepto que el poseedor de buena fe debe haber adquirido el bien, aunque su adquisición sufra de vicios invalidantes por el incumplimiento de los requisitos exigidos en la ley.

Es indiscutible en esta materia la doctrina del Tribunal Supremo. Podemos citar la STS 1264/2001 de 28 diciembre que, en su contenido, confirma la reiterada

doctrina con el nombramiento de multitud de sentencias en la misma línea. Reza lo siguiente:

“Es doctrina reiterada de esta Sala la de que por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles (sentencias de 25 de junio de 1966 , 5 de marzo de 1991 , 22 de julio de 1997 y 17 de julio de 1999), cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión que de otro modo vendría a ser una institución inútil (sentencia de 25 de febrero de 1991).

En el presente caso no nos encontramos ante un título nulo de pleno derecho, como entiende la recurrente; no puede considerarse como tal el contrato de compraventa celebrado por quien no tenía facultades de disposición sobre la cosa vendida pues como dice la sentencia de 22 de julio de 1997 «una cosa es la falta de eficacia de los repetidos contratos en cuanto a la finalidad que persiguen, y otra que no sirvan de títulos que legitimen una prescripción adquisitiva. La nulidad declarada judicialmente no es porque aquéllos les faltase alguno de los requisitos del art. 1261, esenciales para que exista un contrato, sino porque el vendedor no era propietario, carecía de la disponibilidad jurídica de los pisos que enajenó al haberse anulado el título de su transmitente sobre el solar porque tampoco era la propietaria del mismo. Pero precisamente ese vicio de la adquisición es el que subsana la prescripción»”.

Queda claro que, aunque los contratos que conllevan la adquisición del bien sean ineficaces, este vicio puede ser subsanado por el paso del tiempo, mediante la aplicación de la usucapión. Otra cosa es y, sin ánimo de ser reiterativos, el requisito *sine qua non* de la existencia de una transmisión, porque sin ella no existe la posibilidad de existir la posesión en concepto de dueño, ni el justo título.

Recoge con claridad esta idea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia sec. 2ª 11-4-1995, rec. 531/1994: “[...] la posesión se considera en concepto de dueño cuando, sin ningún vicio de precariedad, se adquiere un bien en virtud de títulos, como son los derivados de adjudicación en partición hereditaria, que normalmente sirven para transmitir el dominio [...]”.

2.3.3 Posesión en concepto de dueño

La posesión en concepto de dueño ha sido siempre un requisito para la aplicación de la usucapión. Podemos interpretarlo así de los textos del derecho

romano¹⁷.

A pesar de ello, ha provocado gran discusión entre la doctrina española, debido a la dificultad de delimitar su contenido y significado. ¿Cuándo se posee en concepto de dueño? Parece lógico creer que, para ello es necesaria la creencia de que se es el dueño del bien poseído, lo que nos evoca rápidamente la complejidad probatoria en referencias a este acontecimiento.

Recoge el artículo 1941 del Código civil: *“la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida”*.

Además, el artículo 447 del mismo articulado determina: *“sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio”*.

La propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia a la que nos hemos referido en el apartado anterior recoge este concepto y los dimes y diretes de su aplicación:

“[...] toda posesión capaz de generar la usucapción o prescripción adquisitiva precisa que la misma sea en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida. Y así la posesión ha sido pública desde el momento que los actos de adjudicación de herencia tuvieron acceso al Registro y era conocido de los propios herederos, no habiendo efectuado acto alguno de clandestinidad (STS 11 junio 1960 y 29 noviembre 1968); e igualmente se han llevado a cabo actos posesorios de forma pacífica y no interrumpida hasta el fallecimiento del poseedor o disposición de los mismos como propietario; lo cual nos introduce en el exacto motivo del recurso, toda vez que D. M.P.B. siempre se consideró dueño, y como tal ejerció las facultades dominicales, requisito este imprescindible, asimismo, para el éxito de la prescripción adquisitiva (STS 24 marzo y 16 mayo 1983), entendiéndose que dicha posesión tiene el expresado carácter desde el momento que no sólo se detenta la cosa, sino que existe el ánimo o intención de hacerla como propia; y ello se

¹⁷ D. 41,10,5: *“Se estableció la Usucapción de las cosas también por otras causas, concedida interinamente en razón de lo que poseemos estimándolo nuestro, a fin de que tuviesen algún término los litigios.”* Se puede apreciar claramente en la expresión “lo que poseemos estimándolo nuestro”, lo recogido por nuestra legislación civil actual como “en concepto de dueño”. Véase también Gayo: D. 41, 3,1: *“La Usucapción fue introducida por el bien público, a saber, para que el dominio de algunas cosas no fuese largo tiempo, y casi siempre, incierto, pues a los dueños les basta el espacio de tiempo establecido para buscar su propias cosas.”* Gayo determina que, si el propietario no se preocupa de recamar la propiedad de sus bienes en el tiempo determinado, no es su propietario, perdiendo así el “concepto de dueño” y con él la propiedad del bien a favor del usucapiente.

desprende de la propia actuación del poseedor, que ha venido teniendo los bienes como propios, disponiendo parte de ellos en su testamento y otros en compraventa; a lo que ha de añadirse que la posesión se considera en concepto de dueño cuando, sin ningún vicio de precariedad, se adquiere un bien en virtud de títulos, como son los derivados de adjudicación en partición hereditaria, que normalmente sirven para transmitir el dominio; bastando, en relación con los bienes hereditarios, que se hayan poseído éstos por alguno de los herederos o por un extraño, en nombre propio, de forma ininterrumpida y durante el lapso de tiempo fijado en el art. 1959 CC EDL 1889/1, para que opere la usucapción extraordinaria (SSTS 13 octubre 1966 y 22 octubre 1919 [...])”

Podemos afirmar así que, para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio, tanto ordinaria como extraordinaria, es necesario que el poseedor sea en concepto de dueño, para lo que es necesidad que éste se encuentre en la creencia verdadera de que el bien es de su propiedad, unido a que, el título por el que se realizó su adquisición sea válido.

También queda evidenciado en la sentencia anterior, la imposibilidad de que exista ningún vicio de precariedad en la posesión para que pueda ser de aplicación adquisitiva de dominio.

Aunque parece que el Código civil otorga una gran libertad y laxitud de requisitos para que pueda producirse la prescripción adquisitiva extraordinaria, existe también la necesidad de que la posesión sea en concepto de dueño, quedando sin aplicación cuando no se produzca, aunque hayan transcurrido los 30 años necesarios para ello¹⁸.

El Código civil también es claro en referencia a la inexistencia de posesión en concepto de dueño cuando el que posee conoce la circunstancia de que el bien es de otra persona, y cuando la posesión del bien se ha llevado a cabo por la tolerancia o permisividad del verdadero titular del mismo, como evoca el contenido de su

¹⁸ Doctrina recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde hace mucho tiempo. Ejemplo de ello Sentencia de 23 junio 1965: “Que si bien es verdad que el invocado art. 1959 parece indicar que para que se produzca la prescripción extraordinaria del dominio de inmuebles, basta la posesión de ellos, por plazo ininterrumpido de 30 años, lo cierto es que ese precepto no puede entenderse desconectado de los demás que regulan la prescripción con carácter general, entre los cuales figuran, el art. 1941, que precisamente determina que la posesión hábil para la prescripción «ha de ser en concepto de dueño» y el art. 447, que establece que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir para adquirir el dominio».” Véase también STS de 19 de noviembre de 1910, STS de 2 de febrero de 1928 o STS de 10 de noviembre de 1954, entre muchas otras.

artículo 1942: “no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño.”

Interpretación plasmada también en la jurisprudencia actual del Tribunal supremo, como podemos constatar en la STS (Sala primera) de 7 de febrero de 1997 “[...] *el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al animus domini[...]*”.

En definitiva, no cabe estimar la aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio cuando, el poseedor conocía que el bien era de otra persona y no había hecho nada para poder adquirirlo, quedando así excluidos de esta posibilidad los usufructuarios, los precaristas y los arrendatarios¹⁹, como quiera recogido en la STS de 2 de febrero de 1928, incluso los propietarios de una porción en proindiviso de la finja objeto de litigio.²⁰

¹⁹ Tesis defendida por multitud de autores y juristas. Véase como ejemplo: DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Breve estudio de los requisitos de la usucapión, en particular de la ordinaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE. Nº1, agosto 2014, Págs. 121 a 130.

²⁰ Véase también otras resoluciones modernas de nuestro Tribunal Supremo, como por ejemplo la Sentencia núm. 353/2012 de 11 junio: “*En cuanto a la afirmación de la parte demandada -reconviniente- en el sentido de haber adquirido el dominio por prescripción adquisitiva o usucapión, no es aceptada por la Audiencia en cuanto niega la concurrencia del requisito de la posesión en concepto de dueño y afirma que «en el presente caso es evidente que la posesión de la reconviniente no se hizo a título de dueño sino como simple copropietaria de la vivienda, y desde luego no basta una simple voluntad particular para transmutar el concepto en el que se posee pasando de poseer con otro título a hacerlo a título de dueño, que es lo que parece pretender la parte».*”

[...]

De igual modo puede citarse a propósito de lo ahora discutido la doctrina de esta Sala sobre la variación en el título posesorio. Entre las más recientes, la sentencia núm. 467/2002, de 17 mayo (RJ 2002, 5343) , afirma que «la doctrina sobre la relevancia de acreditar los "actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico" es también plenamente aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio (art. 436 CC), de precario en concepto de dueño, y así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que declara que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero "animus" o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa (Sentencias 6 octubre 1975 (RJ 1975, 3504) , 13 diciembre 1982 , 16 mayo 1983 (RJ 1983, 2825) , 29 febrero y 10 julio 1992 , 25 octubre 1995 (RJ 1995, 7848)), lo que por lo demás no supone más que aplicar una antigua regla del Derecho Romano recogida en textos del Corpus Iuris (D. 41. 2. 3. 19, y C. 7. 32. 5), aceptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y de la que se hicieron eco diversas Sentencias de esta Sala (6 octubre 1975 , 16 mayo 1983 (RJ 1983, 2825) , 13 diciembre 1988 y 25 octubre 1995 (RJ 1995, 7848)) con arreglo a la que "nadie puede por sí mismo cambiar la causa de su posesión" ("neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse", en el texto del Digesto; y "nemo causam sibi possessionis mutare possit" en el texto del Codex; y en los cuales también parece

Por último, nuestro Tribunal Supremo ha recogido en sus sentencias que, para poder poseer en concepto de dueño no solo es necesaria la simple posesión del bien, sino también la concurrencia de actos inequívocos de dominio²¹, entre los que se encuentra realizar edificaciones sobre el bien, pagar la contribución durante más de 30 años, contribuye a la instalación de una red eléctrica o recibe una notificación administrativa de deslinde²².

2.3.4 Pública, pacífica y no interrumpida

El artículo 1941 del Código civil, además de determinar que la posesión debe ser en concepto de dueño, obliga a que sea pública, pacífica y no interrumpida para que pueda ser aplicable la prescripción adquisitiva de dominio.

Aunque el propio Código no aclara nada sobre las características que debe tener la posesión para que sea considerada pública, lo que parece evidente es que no debe ser secreta. Para ello, dicha posesión debe ser conocida por todos, sin que lleve a cabo el poseedor ninguna acción favorable a su ocultación o clandestinidad. Así, esta debe ser conocida al menos por los vecinos residentes cerca del bien.

Escribe MORALES MORENO:

“Es pública la posesión que se exterioriza, a través del uso normal de la cosa, durante todo el tiempo necesario para la usucapión. Este requisito de la posesión ad usucapionem se justifica por la necesidad de permitir al titular del derecho conocer la existencia de la posesión, para así poder interrumpir la

existir base -"sibi ipsum", D.; "nulla extrinsecus accedente causa", C.-, para entender que la prohibición se refiere sólo a la mera voluntad)».

La posesión de la recurrente ha sido desde el principio en concepto de titular de una tercera parte de la propiedad del inmueble, conociendo que la titularidad del resto pertenecía a sus hermanos que, no obstante, le han tolerado durante largo tiempo que lo poseyera en exclusiva (artículo 444 de Código Civil) sin perder por su parte la posesión mediata que les correspondía en concepto de copropietarios. No cabe que la demandada, por su propia voluntad, convierta su posesión en algo distinto y tampoco que se pretenda que la situación de dueño quede configurada por la mera asunción de determinados gastos que, como se ha dicho, vendrían mínimamente a compensar los beneficios derivados del disfrute de la vivienda.”

²¹ Véase: STS 30 de diciembre de 1994.

²² Véase: STS 22 de septiembre de 1984.

usucapión (arts. 1943 ss). <Es menester que aquél contra quien se prescribe pueda tener conocimiento de ella> (de la posesión) (GARCÍA GOYENA, art. 1947)”²³.

En cuanto al requisito referente a la posesión pacífica, parece referirse el legislador a que su adquisición se produzca de forma pacífica, es decir, sin violencia sobre las personas o las cosas, como ha determinado el Tribunal Supremo en sus Sentencias²⁴, no significando posesión no pacífica la existencia de pleitos relacionados con el bien, ni con su posesión.

El Código diferencia entre dos tipos de interrupciones en su artículo 1943, la civil y la natural.

Artículo 1943: *“la posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural o civilmente”.*

La interrupción civil se produce cuando el juez notifica al poseedor la intención del propietario de recuperar la posesión del bien, siendo válida incluso si la realiza un juez incompetente, es decir, aquel que carezca de competencia para conocer del hipotético procedimiento, siempre que no concurra ninguna de las excepciones del artículo 1946.

Artículo 1945: *“la interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente.”*

También producirá la interrupción civil el acto de conciliación, siempre que en los dos meses posteriores a su celebración, el propietario, planteé la consiguiente demanda de procedimiento declarativo de dominio del bien, como recoge el artículo 1947.

La interrupción natural en cambio, se refiere a la propia posesión física del poseedor, perdiendo su validez el plazo computado cuando, el poseedor, por cualquier causa, paraliza la posesión del bien por plazo superior a un año.

Artículo 1944: *“se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año.”*

²³ Recogen esta cita las lecciones referentes a la usucapión de Antonio Manuel Morales Moreno (PÁG. 187), Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Publicado en la Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N^o3, 2000, págs. 175 a 204.

²⁴ Véase STS (sala de lo civil) de 21 de octubre de 1988 (F.D.3^o).

2.4 Requisitos necesarios para la aplicación de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio

Como ya hemos recogido en apartados anteriores, existen una clara diferenciación entre la prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria. Esta diferenciación, no solo afecta a los plazos necesarios para su aplicación, sino también a los requisitos obligatorios que deben cumplirse.

El artículo 1959 del Código civil es claro en este aspecto, permitiendo que se produzca la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio sobre bienes inmuebles con el paso del plazo de treinta años, sin ser además necesaria la concurrencia de buena fe ni justo título.

Por ello, únicamente será necesario el cumplimiento de los requisitos del artículo 1941, es decir, que la posesión sea pública, pacífica e ininterrumpida.

Entra aquí en juego la gran importancia de la expresión “en concepto de dueño”, que el Tribunal Supremo ha determinado en sus sentencias su aplicabilidad tanto para la prescripción ordinaria como extraordinaria. Además, nuestros tribunales también han declarado la aplicabilidad del artículo 1942 a la prescripción extraordinaria, por lo que no es válida cualquier tipo de posesión, quedando sin validez la que se realiza en virtud de licencia o por la mera tolerancia del dueño.

Pues bien, si para poseer en concepto de dueño debemos haber adquirido el bien mediante título válido para ello, las únicas diferencias en la aplicación de la prescripción adquisitiva extraordinaria son: La buena fe y el “justo” título. No debemos entender por ello que el poseedor no debe haber adquirido el bien, sino únicamente, por la definición que nos aporta de la buena fe el artículo 1950, que no debe estar en la creencia de que la persona que lo recibió no podía transmitir su dominio.

Por todo ello, las únicas ventajas de la prescripción extraordinaria son: La posibilidad de haber adquirido el bien de un tercero no propietario y sin haber cumplido los requisitos impuestos por la ley para que la transmisión sea válida, pero en ningún caso podemos pensar que puede obtener la propiedad de un bien mediante prescripción adquisitiva sin haberlo adquirido antes, y mucho menos cuando su

posesión se haya obtenido por la concesión de un derecho de uso incluido en un título judicial.

3. El procedimiento de desahucio en precario

3.1 Concepto

El desahucio en precario es un procedimiento destinado al propietario de un bien inmueble para recuperar la posesión del mismo, cuando ésta se encuentra en manos de un precarista.

Este primer acercamiento al concepto de precario que ofrecemos, aunque poco exacto, determina la función principal de este procedimiento que, como muchos otros, tiene su origen en el Derecho Romano pero, con una relación tal vez más férrea con el comodato²⁵ de lo que lo es en el derecho contemporáneo.

La sala primera de Nuestro Tribunal Supremo, hace ya más de 80 años, nos otorgó un acercamiento a lo que hoy en día consideramos la definición de precario. Cita literalmente en su Sentencia de 5 de octubre de 1933: *“comprende el concepto a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando es ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente sobre el predio quien promueve el desahucio contra el tenedor precario del mismo”*.

Esta antigua cita parece más clarificadora, aunque han sido muchas las sentencias del mismo Tribunal las que han ido puliendo la actual definición de este procedimiento.

En los últimos años, nuestros Tribunales han colaborado en el perfilado de este concepto. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5ª, de 27 de mayo de 2013²⁶ nos otorga la siguiente definición:

“El precario civil es la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o

²⁵ El comodato aparece regulado por nuestro Código civil entre los artículos 1740 y 1752. Es un contrato de préstamo con carácter gratuito, basado en la entrega de una cosa no fungible y su devolución tras su utilización para un uso determinado y durante un tiempo determinado. Se diferencia del simple préstamo en que, para este último, se permite la entrega de bienes fungibles, con la condición de que se devuelva la misma cantidad del mismo tipo de bien. Además, en el préstamo se permite pactar el cargo de intereses.

²⁶ Número 229/2013, recurso 755/12.

poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia, instituto de creación doctrinal y jurisprudencial”.

También podemos destacar la que realizó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 2009:

“El precario constituye la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia del propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a dicha tenencia, es decir, sin título o en virtud de un título nulo o que haya perdido su validez, sin que medie renta o cualquier otra contraprestación, ni otra razón que la mera condescendencia o mera liberalidad del poseedor real, de cuya voluntad dependerá el poner fin a su propia tolerancia, para lo que deberá acreditar éste un título suficiente que legitime su acción al deducir la demanda, mientras al precarista demandado incumbe demostrar la tenencia de algún título que le vincule con el objeto o con el demandante, justificando así su permanencia en el goce de la misma”.

Para nuestro humilde entender, la definición más clara, comprensible y actual es la que realiza DON JOAQUIM MARTÍ MARTÍ²⁷ que, extrayendo y uniendo las claves que nos ha ido otorgando la jurisprudencia, lo define como:

“Situación de hecho, en virtud de la cual, una o varias personas físicas o jurídicas, utilizan un bien -inmueble- de ajena pertenencia gratuitamente, es decir, sin satisfacer al titular del bien, contraprestación alguna por el uso, y, sin que, quien o quienes los utilizan, dispongan de título que justifique suficientemente su ocupación, no obstante la tendencia material de la cosa, que no debe suponer posesión tolerada”²⁸.

Este último concepto nos ofrece un elenco más completo de los elementos de este procedimiento que, en la última década y, debido a la crisis económica a nivel mundial que hemos sufrido, se ha convertido en protagonista y foco de los medios de comunicación, provocando así, discusión doctrinal sobre la corrección de su naturaleza.

3.2 El desahucio en precario en la Ley de Enjuiciamiento

²⁷ Abogado y profesor colaborador del departamento de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

²⁸ MARTÍ MARTÍ, J., “El precario en las relaciones familiares”, *Revista de jurisprudencia El Derecho*, Nº2, 1 de abril de 2013, págs. 1-2.

El procedimiento de desahucio siempre ha estado presente en la ley ritaria civil española. La antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada por el Real Decreto de 3 de febrero de 1881, se mantuvo vigente hasta el 8 de enero de 2001. En ella se hacía referencia a este procedimiento en el Libro II, Título XVII, entre los artículos 1561 y 1608.

El artículo 1565 de dicha ley, en su apartado tercero, recogía de forma expresa el procedimiento en precario, otorgando legitimidad para llevarlo a cabo a los propietarios de bienes inmuebles: *“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”*.

Con la nueva LEC desaparece la regulación especial destinada al juicio de desahucio, quedando a penas algunas referencias a los procedimientos destinados a este fin, como la del artículo 250.1. 2º, donde se estipula que se llevarán a cabo mediante la modalidad de juicio verbal.

A pesar del aparente retroceso que sufre este tipo de procedimiento, con la nueva legislación, ha pasado de ser un procedimiento especial y sumario cuyas resoluciones no tenían la consideración de cosa juzgada, a catalogarse como juicio verbal, otorgándole así todas las garantías²⁹ y, convirtiéndose en un procedimiento mediante el cual pueden dilucidarse cuestiones complejas³⁰.

Hasta ese momento, la especialidad y sumariedad convertían al desahucio en uno de los recogidos por el artículo 447, quedando sus resoluciones sin valor de cosa juzgada.

²⁹ Tras la modificación de la LEC, el procedimiento de desahucio en precario deja de ser especial y sumario y, debido a que no aparece de forma expresa en el artículo 447 del mismo articulado, también deja de pertenecer a aquellos cuya resolución carece de valor de cosa juzgada. También, es la propia exposición de motivos la que promueve esta variación, como afirma el Doctor en Derecho y Magistrado de la Sala segunda del Tribunal Supremo MAGRO SERVET en su artículo de investigación “La admisión de las “cuestiones complejas” en el juicio de desahucio”, publicado en el *Diario de las Audiencias y TSJ El Derecho*, nº 468, pág. 3.

³⁰ Se otorga estas características al procedimiento de desahucio en precario, por el contrario, el desahucio promovido por el impago de rentas continúa manteniendo su carácter sumario, limitando en gran medida las posibles alegaciones del demandado por lo recogido en el artículo 444.1 LEC. Reza el precepto: *“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”*. Reflexión recogida ya en el artículo de investigación: PÉREZ UREÑA, A., “El juicio verbal por precario en la nueva LEC”, *Boletín de Arrendamientos Urbanos El Derecho*, Nº27, 31 de enero de 2003, pág. 2.

Como en otras ocasiones, nuestros Tribunales requirieron un periodo de adaptación, para que se vieran reflejadas en su jurisprudencia las modificaciones incorporadas por la nueva LEC. Por ello, el carácter sumario del desahucio perduró hasta después de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, condicionando mucho su eficacia y viabilidad.

Esta circunstancia indujo a que, aunque se procedía mediante juicio verbal, cualquier cuestión de cierta complejidad que se plantease sobre el asunto, en especial las referentes a la familia, provocaban que los jueces rechazaran su valoración y remitiesen el procedimiento al juicio ordinario³¹.

Así, durante los primeros pasos de la actual LEC, las sentencias de nuestros Tribunales reflejaron las dudas existentes sobre el precario, creando una clara incongruencia pero, afortunadamente y, a pesar de estas primeras dudas, rápidamente abandonaron la conocida como doctrina de la “cuestión compleja”³², volviendo así a ventilar este tipo de supuestos mediante el juicio verbal y, permitiendo la resolución de cuestiones familiares de cierta complejidad en el mismo procedimiento³³.

3.3 Requisitos necesarios para la aplicación del procedimiento de desahucio en precario

³¹ Véase como ejemplos: SAP Cádiz, Sec. 6ª, de 17 enero 2000, rec. 170/1999 y SAP Córdoba, Sec. 1ª, de 22 mayo 2000, rec. 52/2000.

³² Doctrina jurisprudencial basada en la imposibilidad de resolver cuestiones complejas en los procedimientos de desahucio en precario ventilados con anterioridad a la aplicación de la LEC. Esta aplicabilidad estaba provocada por el carácter especial y sumario del procedimiento, lo que conllevaba su paralización y obligatorio salto al procedimiento ordinario, con el que se aseguraba la existencia de todas las garantías procesales y la posibilidad de dilucidar cualquier tipo de controversia surgida entre las partes.

³³ A pesar de la regulación que hacía la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el procedimiento de desahucio en precario, el Tribunal Supremo siempre ha defendido un análisis pormenorizado de cada caso concreto, para poder diferenciar aquellos que podían ventilarse por este procedimiento especial o sumario o, por el contrario no había más remedio que remitirlo al procedimiento ordinario. Son muchas las resoluciones que antes de la entrada en vigor de la LEC, reconocían el desbordamiento del procedimiento de desahucio por la existencia de cuestiones complejas imposibles de dilucidar en este tipo de proceso. Véase, entre otras: STS 17 marzo 1969, STS 9 diciembre 1972, STS 12 marzo 1985, STS 14 abril 1992. Para nuestro humilde entender, en muchos casos, la invocación de la cuestión compleja únicamente es una estrategia defensiva que busca la dilatación del procedimiento, con el objetivo de alargar una situación favorable del demandado, que con la regulación actual, podría solucionarse con la inadmisión de una segunda demanda cuyos argumentos, en nuestra opinión, no son correctos para la aplicación de la figura jurídica cuya aplicación se reclama.

Tras analizar los contenidos, tanto de la antigua Ley de Enjuiciamiento civil de 1889, como los preceptos a los que hace referencia la nueva Ley 1/2000, únicamente parecen requisitos necesarios para que pueda llevarse a cabo el procedimiento de desahucio en precario los siguientes³⁴:

1. Que el actor que quiere recuperar la posesión del bien sea el propietario del mismo u posea cualquier otro título que le proporcione el derecho a disfrutar de la cosa.

2. Que el demandado ocupante carezca de título alguno que le legitime legalmente para ser el poseedor del bien. También puede llevarse a cabo contra aquellos cuyos títulos sean revocables o hayan perdido su validez o sean susceptibles de perderla.

Es evidente que, la regulación que la Ley hace de este procedimiento es bastante pobre y, como hemos visto en las definiciones expuestas en apartados anteriores, la jurisprudencia ha completado estos preceptos añadiendo otros requisitos.

Podemos destacar entre los nuevos requisitos: la inexistencia de prestación alguna percibida por el propietario y, mucho más importante, la cuestión referente a la existencia o no de tolerancia del dueño en el momento de adquirir la posesión de la cosa por el precarista.

3.4 La evolución en la aplicación del precario y su adaptación a nuevos supuestos de hecho

Históricamente, el desahucio en precario ha sido un procedimiento utilizado fundamentalmente entre familiares o personas con algún tipo de relación sentimental o de amistad. Esto se debe a que los asuntos que se resolvían mediante este procedimiento eran aquellos en los que se producía una cesión amistosa del bien, o como lo llama MARTÍ MARTÍ, por liberalidad graciosa³⁵.

³⁴ Véase artículos 1564 y 1565 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, donde quedaban ya recogidas las peculiaridades del precario. Con la entrada en vigor de la nueva ley riuaria desaparece el requisito del artículo 1565 “*in fine*” referente al requerimiento de desalojo con un mes de antelación que con anterioridad era necesario para presentar la demanda de desahucio.

³⁵ Ob. cit. MARTÍ MARTÍ, J., “El precario en las relaciones familiares”, pág. 1.

El supuesto más habitualmente se producía cuando, los padres permitían a uno de sus hijos la utilización de una vivienda de su propiedad, con el objetivo de que pudiera convivir con su pareja, casarse y formar una familia.

En la actualidad, la realidad jurídica y social que rodea a este procedimiento ha evolucionado, acogiendo no solo aquellas situaciones en que se obtiene la posesión del bien por la mera liberalidad del propietario, sino también otros escenarios en los que, su consecución se lleva a cabo sin el consentimiento del propietario, incluso en aquellos casos que se utiliza violencia sobre las cosas para su obtención.

Un claro ejemplo del reconocimiento de estos nuevos precaristas es la jurisprudencia de nuestros Tribunales³⁶, catalogando como tal, entre otros, a los llamados “okupas”, para los que se sigue un procedimiento de desahucio igual a aquellos cuya posesión se obtuvo de forma tolerada, con la salvedad de la dificultad añadida que, en estos supuestos, entraña la legitimación pasiva del demandado³⁷.

Para algunos autores³⁸ la incorporación de este tipo de “ocupantes” dentro del concepto de precarista está cogida con alfileres. Esto se debe a lo recogido en el artículo 250.1, 2^o³⁹ de nuestro Código civil, del que se desprende la premisa de la tolerancia del dueño en la ocupación de la cosa, excluyendo así, en apariencia, estas nuevas concepciones de precarista⁴⁰.

³⁶ Véase como ejemplos: SAP Palencia de 19 diciembre 1995, SAP Girona, sec. 2^a, de 7 mayo 1998, SAP Barcelona, sec. 4^a, de 31 mayo 2002 y SAP Barcelona, sec. 13^a, de 15 julio 2008.

³⁷ La cuestión de la legitimación pasiva en estos supuestos supone una complicación. Esto se debe a los movimientos que realizan estos colectivos, siendo personas diferentes las que en cada momento son ocupantes de las fincas en cuestión, dificultando de esta manera la identificación del demandado. La SAP Girona, sec. 2^a, de 7 mayo 1998, en aplicación del artículo 7.3 de la LOPJ, resuelve este problema: *“no es suficiente la existencia de un simple interés en el resultado del litigio, para que haya que demandar a todos los que puedan estar afectados por el mismo, ya que se trata de un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario...”*. Criterio éste además mantenido en las SSTs de 26 marzo 1991, 25 febrero 1992 y 3 noviembre 1994”. Determina así la Audiencia Provincial que, la parte demandada, podrá comparecer representada por cualquiera de los ocupantes a los que se les otorgue capacidad de gestión, evitando imperfecciones en el procedimiento que conllevarían la imposibilidad de continuar con el mismo, sin existir por ello indefensión de la plataforma de ocupantes como colectivo.

³⁸ MARTÍ MARTÍ, J., “El movimiento ocupa, el precario y el proceso de desahucio”, Revista de Jurisprudencia El Derecho, N^o2, 18 de noviembre de 2008, pág. 3 y ss.

³⁹ La expresión literal que recoge la LEC no deja dudas de la necesidad de que exista una voluntariedad del propietario de la posesión, o al menos una permisividad para con la posesión del precarista.

⁴⁰ Desde el Derecho romano, la aplicación de la usucapión no estaba permitida cuando se obtenía la posesión del bien mediante la utilización de la violencia. Se conocían como *res vi possessae*. Véase:

Con esta nueva noción del precario reconocida por los Tribunales se ha producido una considerable reducción de los requisitos necesarios para su incoación, abriendo nuevas posibilidades que, hasta hace pocos años, no se habían considerado como resolubles mediante este procedimiento.

El Doctor en Derecho y Magistrado MAGRO SERVET defiende en sus estudios⁴¹ la idea de que, la actual LEC contiene una regulación del precario encaminada a su aplicación únicamente cuando: la obtención de la posesión se produzca por la cesión graciosa del propietario, es decir, en los supuestos que entre propietario y poseedor existe una relación familiar o, al menos, amistosa.

En apariencia, esta teoría no deja lugar a dudas, debido a que, como defiende el Magistrado, la redacción literal de la Ley implica claramente la existencia de una cesión voluntaria de la posesión, lo que debería excluir de forma automática aquellos escenarios en que no se produce así.

Esta premisa es totalmente contraria a la aplicación que desde el año 2000 han dado nuestros tribunales en esta materia, siguiendo una doctrina que ha ampliado los supuestos de hecho encuadrables en el precario⁴². El propio MAGRO SERVET, haciendo eco de estas nuevas concepciones, clasifica los diferentes supuestos a los que se puede aplicar el procedimiento de desahucio en precario en tres grupos⁴³:

- Posesión concedida
- Posesión tolerada
- Posesión ilegítima

3.5 El desahucio en precario y el comodato

Como ya hemos dicho con anterioridad, el desahucio en precario tiene sus orígenes férreamente ligados a los del comodato, tanto que, parte de la doctrina, en los casos clásicos en que la posesión se obtuvo por la mera tolerancia del dueño,

FERNÁNDEZ DE BUJAN Y FERNÁNDEZ, A., Manual universitario de Derecho Romano, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, pág. 284.

⁴¹ Ob. Cit. MARTÍ MARTÍ, J., "El movimiento ocupa, el precario y el proceso de desahucio", pág. 2.

⁴² Véase SAP Illes Balears, sec 5ª, 229/13, de 27 de mayo de 2013, rec 755/12.

⁴³ MAGRO SERVET, V., "La ejecución provisional de las sentencias por precario. Respuesta de los tribunales", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº2, 22 de diciembre de 2017, pág. 2.

considera al precarista como parte de un contrato de comodato, aunque esta cuestión ha creado gran discusión doctrinal y jurisprudencial⁴⁴.

A pesar de las nuevas formas de precaristas que, en los últimos años, ha reconocido el Tribunal Supremo, como ya hemos sugerido con anterioridad, el supuesto más recurrente y que más interés tiene para este estudio es la clásica cesión de bien inmueble entre familiares, en especial, de padres a hijos, para la convivencia con la cónyuge de este último.

Normalmente, si se llega a producir una ruptura en la relación sentimental y, ante la existencia de hijos menores, el juez otorgará la custodia de los mismos a la madre y, con ella, el derecho de uso de la vivienda, viendo el tercero propietario, en este caso sus suegros, como queda limitado su derecho real de propiedad⁴⁵.

No solo han sido nuestros tribunales los que han definido el concepto de desahucio en precario, la doctrina civilista también ha contribuido a la tasación de sus características. Como ejemplo, O'CALLAGHAN MUÑOZ lo define como sigue:

*“la posesión de una cosa, por tolerancia, sin determinación del tiempo ni del uso y sin precio; es conocido por tradición que viene del Derecho romano, con el nombre de precario. En Derecho español es considerado como una variedad del comodato, en que el comodante puede exigir, cuando quiera, la devolución de la cosa”*⁴⁶.

Se puede apreciar con ligereza que, Don Xavier cataloga el precario como una variedad del comodato, cuya regulación la podemos encontrar entre los artículos 1740 y 1752 del Código civil.

Este tipo de contrato tiene su esencia en el préstamo de una cosa con carácter gratuito, como claramente queda reflejado en el artículo 1740:

“Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama

⁴⁴ Véase análisis de las diferentes corrientes en la materia llevada a cabo en: PÉREZ UREÑA, A., “La cesión gratuita de un inmueble a familiares para uso de vivienda familiar”, Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho, Nº44, 1 de marzo de 2008, pág. 3 y 4.

⁴⁵ En aplicación del artículo 96 del Código civil, cuyo objetivo es la protección del interés más necesitado de protección.

⁴⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Código Civil comentado y con jurisprudencia”, Ed. LA LEY, 4ª Edición.

comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo”.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.”

Este precepto otorga una especial importancia a la gratuidad del contrato de comodato y, deja meridianamente claro la necesidad de la misma. Otro asunto distinto es la duración del contrato, en cuya regulación, el legislador es más escueto, únicamente incluyendo la expresión “*por cierto tiempo*”.

La falta de claridad en referencia a la duración del contrato, provocó durante años multitud de sentencias contradictorias de las diferentes Audiencias Provinciales, calificando algunas al poseedor del bien como precarista, otras como comodatario, incluso algunas como comodatario que, con el tiempo, se transformó en precarista.⁴⁷

No fue hasta la STS de 26 de diciembre de 2005 cuando, nuestro máximo Tribunal, se pronunció en la materia, declarando al poseedor de estos supuestos como precarista, aunque el uso de la vivienda sea otorgado por título judicial, doctrina sentada por sucesivas sentencias⁴⁸.

Reza la STS de 30 de junio de 2009:

“la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”.

Determina así el Tribunal que, para que exista un contrato de comodato, la cesión debe realizarse por un tiempo determinado, no siendo aceptable apreciar que,

⁴⁷ Existen multitud de sentencias en la materia: Véase por ejemplo a favor de la declaración como precarista SAP Badajoz nº 57/2003, sec. 1ª de 19 de febrero de 2003 o SAP Sevilla 652/2003, sec. 5ª de 3 de octubre de 2003. Como ejemplo de las que declaran la existencia de un contrato de comodato: SAP Vizcaya nº 841/2000, sec. 4ª de 25 de octubre de 2000 y SAP Tarragona sec. 1ª de 20 de octubre de 2000. Y, finalmente, véase también SAP Girona nº 433/2002, sec. 1ª de 31 de julio de 2002, que declara el inicio de un contrato de comodato devenido con el tiempo en situación de precario.

⁴⁸ STS de 14 de noviembre de 2008 y 13 de abril de 2009, entre otras.

tácitamente, se ha pactado un plazo de larga duración por el mero hecho de ceder el bien inmueble a un hijo para poder convivir y formar una familia.

Esta consolidada corriente jurisprudencial ha significado para los propietarios ajenos a la relación conyugal la posibilidad de recuperar la posesión del bien, anteponiendo, de alguna manera, la aplicación del derecho de propiedad por delante del derecho de familia; aplicación que, por otro lado, algunos autores habían defendido en sus estudios⁴⁹.

El artículo 1750 del Código civil recoge lo siguiente:

“Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad.

En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.”

Si nos atenemos al contenido literal del precepto, parece evidente que, si no se ha pactado con exactitud la duración del préstamo de la cosa, sea cual sea la calificación del poseedor, como precarista o como comodatario, este puede en cualquier momento recuperar la posesión de la cosa.

En conclusión, aquellos supuestos en que un familiar, normalmente los padres, permite la utilización de un bien inmueble a uno de sus hijos, sin acordar un plazo determinado, para su utilización como vivienda, es decir, el uso que generalmente tiene este tipo de bienes, no podemos en ningún caso defender la existencia de un contrato de comodato entre ellos, sino una evidente situación de precario.

Esta interpretación debería ser favorable al propietario cuyo derecho real se está vulnerando, pero la realidad no es así, como podremos comprobar en el estudio del caso concreto que realizaremos en el capítulo sucesivo.

⁴⁹ MAGRO SERVET, V., “Casuística de los tribunales sobre el precario. Respuesta de los Tribunales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº3, 1 de febrero de 2011. Defiende en este artículo el Doctor en Derecho y Magistrado que, en estos asuntos, debe realizarse la aplicación del Derecho de propiedad por delante del Derecho de familia, debido a que el tercero propietario no puede verse repercutido por una sentencia que disuelve un matrimonio del que no formaba parte.

4. Análisis del supuesto de hecho origen del estudio

Tras analizar en los capítulos anteriores las características de la prescripción adquisitiva de dominio y del procedimiento de desahucio en precario, en este apartado procedemos al estudio del supuesto de hecho concreto que ha provocado su redacción.

4.1 Hechos

En el año 1977 Don Eulalio y Doña Torcuata⁵⁰ contrajeron matrimonio. En ese mismo momento, el padre de D. Eulalio permitió que el incipiente matrimonio se trasladara a una vivienda de su propiedad, pudiendo así residir juntos y formar una familia.

De dichas nupcias nacieron dos hijos, el primero en el año 1981 y el segundo en 1985.

El matrimonio se separa legalmente en el año 1996, en cuyo convenio regulador se otorga pensión alimenticia a favor de los hijos menores y el derecho de uso de la vivienda familiar para los hijos y el cónyuge al que se le conceda la guarda y custodia de los mismos, en este caso, Doña Torcuata.

En el año 2012, tras más de 15 años de cumplimiento de la sentencia de separación, se produce la muerte del padre de Don Eulalio, propietario de la vivienda objeto de la *litis*. Se abre así la sucesión de los bienes hereditarios, pasando a ser propietarios del bien inmueble los dos hijos del causante, es decir, el propio Eulalio y su hermana Alicia.

4.2 Procedimiento judicial

Desde el momento en que se produce la apertura de la sucesión, parte de la cual estaba compuesta por el bien inmueble objeto de los hechos, ambos herederos continuaron benevolentemente respetando el, en apariencia, extinto derecho de uso de Doña Torcuata y sus dos hijos.

⁵⁰ Por razones obvias relacionadas con la protección de datos, hemos modificado los nombres de las partes implicadas en el procedimiento objeto de análisis.

En 2018, transcurridos 6 años desde la adquisición de la propiedad de la vivienda, carente de cualquier tipo de relación con sus sobrinos que, alcanzaban ya los 37 y 33 años de edad, Doña Alicia, como heredera y nueva propietaria del 50 % de la vivienda, procede a presentar demanda de desahucio en precario contra éstos y su madre.

En la contestación de la demanda, Doña Torcuata pretende reconvenir, con el objetivo de que la vivienda objeto de la *litis* sea declarada de su propiedad, basando su pretensión en la aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio. Dicha reconvencción es inadmitida por el juez, por aplicación del artículo 438.2 en relación con el 406.2 de la LEC, por falta de competencia objetiva por razón de la materia⁵¹.

Tras inadmitirse la reconvencción, Doña Torcuata, a su vez, bajo la dirección de letrado de oficio, presenta demanda ante el mismo juzgado, solicitando: Sea declarada a su favor la adquisición de la vivienda por prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria del artículo 1959 del Código civil y la suspensión del procedimiento de desahucio en precario por prejudicialidad civil.

Para argumentar sus pretensiones recurre a la importancia que tendría la declaración o no en la aplicación de la prescripción adquisitiva para el fallo en el procedimiento previo de desahucio en precario.

Una vez trasladadas las actuaciones a la parte demandada en el segundo procedimiento y, tras presentar ésta el escrito pertinente, se acepta la existencia de prejudicialidad civil, desatendiendo el juzgado las alegaciones y paralizando el procedimiento de desahucio en precario.

4.3 Argumentos de las partes

4.3.1 Parte demandada

Como ya hemos detallado en el apartado anterior, la parte demandada en el procedimiento inicial solicita que sea declarada la vivienda como de su propiedad.

⁵¹ Esta imposibilidad de inadmisión de la reconvencción en este tipo de procedimientos, ya fue considerada por algunos juristas tras la entrada en vigor de la LEC como, una circunstancia que causaría problemas procesales en el futuro. Véase como ejemplo: Ob. Cit. PÉREZ UREÑA, A., “El juicio verbal por precario en la nueva LEC”, pág. 3.

Basa su pretensión en su posesión de la finca durante más de 30 años, haciendo aplicable así la prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria del artículo 1959.

Para la defensa de su tesis recurre al artículo 1941 del Código civil, asegurando que su posesión ha sido en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

Argumenta Doña Torcuata que ostenta la posesión de la vivienda desde 1977, y que, durante estos años, ha realizado el mantenimiento necesario para conservarla, por lo que su posesión es en concepto de dueña. Además, defiende que sus vecinos la consideran la propietaria de la vivienda, lo que convierte su posesión en pública y pacífica.

4.3.2 Parte demandante

La parte demandante en el procedimiento de precario, defiende el respeto que ha realizado de la sentencia de separación durante más de 20 años, en primera instancia por los padres de Don Eulalio y, una vez fallecidos estos, por sus herederos, el propio Eulalio y su hermana Alicia.

Según los demandantes, pensando en el bien estar de sus hijos y sobrinos, permitieron que Doña Torcuata permaneciera en la vivienda, incluso una vez que los hijos del matrimonio habían alcanzado con creces la mayoría de edad (contando en la actualidad con 33 y 37 años de edad).

Argumenta esta parte que la demandada no ha podido poseer durante 30 años la finca en concepto de dueño. Basándose en que hasta el año 1996 vivía en la misma vivienda uno de sus actuales propietarios, por lo que el cómputo del plazo que realiza la demandada no es correcto.

Por otro lado, defiende la imposibilidad de aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio, debido a que la posesión que ha llevado a cabo Doña Torcuata no se corresponde con las características que nuestro máximo Tribunal ha decretado para ello.

Por estos motivos, consideran que la demandada es una simple precarista

cuyo título judicial para la posesión de la vivienda ha dejado de tener validez.

4.4 Aplicación de la ley y la jurisprudencia al caso concreto

Como ya estudiamos en el capítulo segundo de este estudio, el legislador tasó una serie de requisitos para que la aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio fuera de aplicación.

Defiende la parte demandada que reside de forma continuada en la vivienda desde hace más de 30 años. Ese dato es indiscutible, ya que, desde que Don Eulalio y Doña Torcuata contrajeron matrimonio en 1977, con el permiso del padre del primero y propietario de la vivienda, comenzaron a residir en ella. También podemos deducir que su posesión ha sido pacífica y continuada pero, en ningún caso podemos entender que dicha posesión haya sido en “concepto de dueño”, requisito *sine qua non* para que se pueda aplicar la prescripción adquisitiva de dominio, como reza claramente el artículo 1941 C.c.

Abundante jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal ha fundamentado la necesidad de poseer en concepto de dueño, tanto en la usucapión ordinaria, como extraordinaria para la adquisición del dominio. Como ejemplo, entre muchas otras, la STS Sala 1ª, S 16-2-2004, nº 109/2004, rec. 958/1998 (F.J. 3º):

“La jurisprudencia enseña que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el artículo 1941 sin la base cierta de una posesión continuada, durante todo el tiempo necesario para conseguir la prescripción en concepto de dueño (sentencias de 17 de febrero de 1894, 27 de noviembre de 1923, 24 de diciembre de 1928, 29 de enero de 1953 y 4 de julio de 1963; la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al "animus domini" (sentencia de 19 de junio de 1984) (sentencia de 16 de noviembre de 1999)”.

Parece del todo imposible que, la parte demandada, habiendo estado casada con Don Eulalio durante 19 años y, habiendo vivió en la misma vivienda, desconociera que ésta pertenecía al padre de su cónyuge, y mucho menos que la

misma le perteneciera en concepto de dueño, cuando en ningún momento se ha llevado a cabo ningún negocio jurídico destinado a la transmisión de la vivienda, sino que el derecho de uso fue otorgado por título judicial.

Recoge literalmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 2ª, 23-3-2010, nº 176/2010, rec.: 368/2005 (F.J. 3º):

“[...]El demandado nunca pudo ocupar la finca como si de su dueño se tratase, al conocer la titularidad de su hermana, y consentir ésta y admitir expresamente su uso, tolerancia que invalida la prescripción adquisitiva (S.S.T.S 14-01-91 y 06-10-94, entre otras), no siendo como ya se ha dicho, la supuesta percepción de pagos arrendaticios y el alegado pago de la contribución territorial (cinco recibos, negado por la Sra. Tamara) suficientes para generar una atribución dominical, al responder a una actividad de mera administración de los interesados pues la Sra. Tamara residía en Barcelona (S.T.S. 29-02-92) y ha manifestado haberles dejado la finca desde que la abandonó su hija, sin cesión de titularidad”.

La jurisprudencia ha dejado claro que para poseer en concepto de dueño es necesaria la verdadera creencia de que se es dueño de la cosa, por lo que, como ocurre en este supuesto, el conocimiento de que la vivienda pertenece a otra persona es incompatible con la aplicación de la prescripción del derecho de dominio por usucapión.

La parte demandada añade además que, durante todos estos años ha hecho uso de la casa tal y como lo haría cualquier propietario, ocupándose de pagar todos los recibos y reparaciones que su uso conlleva y, haciéndose cargo de los recibos de comunidad.

En este momento y, sin ánimo de ser redundantes, nos gustaría recordar que, el derecho de uso y disfrute de la vivienda fue otorgado a los demandados por el convenio regulador de la sentencia de separación, es decir, por título judicial.

Además, los argumentos que la demanda arroja a favor de la posesión en concepto de dueño son literalmente: *“el pago de los recibos y reparaciones que su uso conlleva, y haciéndose cargo del pago de los recibos de la comunidad, participando en las reuniones vecinales, votando e incluso ostentando de presidencia o secretaría”*, funciones y gastos que la jurisprudencia ha dejado claro

que son parte del ejercicio normal del derecho de uso y disfrute de la vivienda, como podemos extraer de los artículos 500, en relación con el 528 del Código civil.

Artículo 500 C.c.: *“el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo.”*

Artículo 528 C.c.: *“las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo.”*

Véase también, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14, S 30-9-2015, nº 291/2015, rec. 296/2015 (F.D. 4º):

“Con estos antecedentes podemos llegar a varias conclusiones. La primera, que los gastos individualizables: agua, gas, luz, teléfono, calefacción, etc., medidos por contador son de cargo del usuario con independencia del título de uso.

La segunda, que los gastos no medidos por contador, entre los que se encuentran los suministros centralizados de agua caliente y fría, y los demás que sean los comunes y ordinarios de mantenimiento: luz y agua de escalera, mantenimiento de ascensores, limpieza, sueldos y salarios del portero, mantenimiento ordinario de elementos comunes tales como instalación eléctrica, circuitos generales de telefonía y comunicaciones, y pequeñas reparaciones de los enunciados etc., son repercutibles en el usuario porque se beneficia directamente de ellos. [...]

Con arreglo a estas ideas podemos concluir que los gastos por cuotas comunes ordinarias del piso del piso que nos ocupa, no son exigibles a la demandada porque no es usuaria exclusiva y excluyente del citado piso. Lo lógico es que los pague el actor, que es quien, con carácter único, exclusivo, y excluyente usa y disfruta del inmueble.”

Por ello, los argumentos que relata la parte demanda (demandante en el procedimiento declarativo de dominio por prescripción) no son los que la doctrina y la jurisprudencia han definido para que se considere una posesión en concepto de dueño, sino aquellos a los que una persona diligente que ostenta un derecho de uso y disfrute debe hacer frente.

Debemos ser conscientes también de que en el escrito de demanda del segundo procedimiento, Doña Torcuata, reconoce que conocía desde el principio

que la vivienda era propiedad de su suegro, por este motivo, podemos afirmar que su representación solicita la aplicación de una figura jurídica que no se corresponde de ningún modo con los hechos que en este asunto se han producido.

4.5 Cómputo de los plazos en la prescripción adquisitiva de dominio

Si nos retrotraemos a los orígenes de la prescripción adquisitiva o, como se conocía entonces en Roma, usucapión, ésta aparece con el objetivo de evitar la inseguridad jurídica en la propiedad de los fundos, además de para fomentar un mejor aprovechamiento de la tierra.

Por ello, no podemos concebir que, si durante un periodo de tiempo conviven el usucapiente y el usucapido, este pueda ser computado para una futura prescripción adquisitiva de dominio.

El artículo 1942 del Código civil es claro en este aspecto, determinando que no serán aprovechables para la posesión los actos posesorios basados en licencia o por mera tolerancia del dueño.

En el caso concreto que nos compete, es evidente que la posesión de Doña Torcuata se produce, los primeros años (Entre 1977 y 1996) por una clara tolerancia del dueño, debido a que es su suegro el que permite la posesión de la vivienda junto a su hijo. Desde 1996 hasta la actualidad, la posesión de Torcuata y sus hijos es determinada por un juez en un procedimiento de derecho de familia, no pudiendo tampoco este plazo ser computado para la aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio, ya que, se basa en un título judicial cuya duración en el tiempo es más o menos determinada.

5. Conclusiones

Primera.- Tras estudiar los preceptos del Código civil que regulan la prescripción adquisitiva de dominio y el análisis de la jurisprudencia que nuestro Tribunal Supremo nos ha otorgado en su aplicación, no podemos estar de acuerdo con la admisión a trámite de las demandas que, determinados juzgados de primera instancia, están realizando. A nuestro humilde entender, no cabe duda de que, los hechos acaecidos en el supuesto analizado no tienen cabida en los requisitos ineludibles para aplicar esta figura jurídica.

Para más abundamiento, junto con la demanda declarativa de dominio, se está aceptando la suspensión del procedimiento de desahucio en precario, por existencia de prejudicialidad civil, lo que provoca un aumento desorbitado en los plazos y gastos procesales de los propietarios de los bienes “ocupados”.

Segunda.- En nuestra opinión, tras examinar los argumentos utilizados por las partes y la estrategia procesal esgrimida, los poseedores del supuesto de hecho analizado, únicamente tienen como objetivo alargar la favorable situación en la que se encuentran, debido a que continúan disfrutando de la posesión de un bien inmueble que nunca les pudo pertenecer y cuyo derecho de uso perdió su validez hace mucho tiempo.

De este modo, protegiéndose en la dirección letrada de oficio -lo que imposibilita una condena en costas-, solicitan la suspensión del procedimiento de desahucio por prejudicialidad civil, ya que, por las características del litigio, el juez, no tiene la posibilidad de admitir una reconvencción, y mediante la presentación de otra demanda, no tiene más remedio que aceptar dicha suspensión si quiere decidir sobre la aplicabilidad de la prescripción adquisitiva de dominio esgrimida por la demandada.

Este cúmulo de circunstancias solo puede tener ese objetivo, alargar un litigio en principio rápido y sencillo, para convertirlo en una pluralidad de procedimientos con consecuencias económicas extraordinarias para el propietario, provocando incluso, en algunas ocasiones, el desistimiento de éstos por falta de recursos económicos que hagan frente a los gastos judiciales.

Tercera.- Durante el análisis de la jurisprudencia referente al procedimiento de desahucio en precario, hemos detectado que, el Tribunal Supremo, está llevando a cabo una ampliación del concepto de precarista, incorporando en su tesis a individuos como los denominaos “okupas”.

Si nos atenemos al texto literal del artículo 250.1,2º de la LEC, en particular a la expresión “cedido en precario”, parece evidente que es necesario que exista una cesión voluntaria del bien por parte del propietario (lo que conlleva inexorablemente una permisibilidad de éste).

Por ello, la aceptación como precaristas de aquellos que obtuvieron la posesión del bien mediante la fuerza sobre las cosas y sin consentimiento alguno del dueño, no tiene razón de ser, y mucho menos que su tratamiento sea idéntico al de aquellos que poseen por licencia, título judicial o la propia benevolencia del propietario, aunque su derecho perdiera su validez hace mucho tiempo.

Cuarta.- Con la modificación producida en el procedimiento de desahucio en precario por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, se dotó a este tipo de procedimientos de una autonomía y eficacia de la que carecían hasta ese momento, permitiendo la resolución en su seno de cuestiones complejas y quedando excluido de aquellos recogidos en el artículo 447, lo que otorgó a sus fallos el valor de cosa juzgada.

Pero en la actualidad, la redacción de los artículos 406 y 438 de la misma Ley no permite a los jueces admitir una reconvención en la que se solicite la aplicación, por ejemplo, de la prescripción adquisitiva de dominio, debido a la incompetencia objetiva por razón de la materia.

Esta circunstancia otorga al demandado la posibilidad de plantear otra demanda y solicitar la suspensión del procedimiento inicial por prejudicialidad civil, cuando, si no fuese de esta manera, podrían dilucidarse estas cuestiones en el mismo procedimiento de desahucio, eliminando una gran parte de los problemas que surgen para el propietario del bien.

Debido a lo anterior, proponemos como posible solución la *lege ferenda* parcial que modifique dichos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y permita

la resolución de diferentes tipos de conflictos en el propio procedimiento verbal de desahucio, no solo los referentes al ámbito familiar, sino también los relativos a la propiedad del bien objeto de la *Litis*.

Quinta.- Aunque en la actualidad únicamente hemos detectado aplicaciones aisladas de estas características, si no se produce una reacción de nuestros Tribunales que acabe con la aceptación a trámite de este tipo de demandas, un mero juicio de desahucio en precario podría convertirse en una multitud de procedimientos judiciales, con sus consiguientes ejecuciones; provocando, además, una extraordinaria e indebida dilación en procedimientos diseñados para ser rápidos y efectivos, con la consiguiente desnaturalización de los mismos.

Además, si se consolidara una aplicación como ésta, podrían florecer serios problemas sociales, ya que, aquellas personas con medios suficientes para poder ayudar a familiares y personas cercanas que estén pasando un momento complicado, o simplemente carezcan de los medios necesarios para poder disfrutar de una vivienda, podrían decidir no hacerlo, por las complicaciones que tendrían en el futuro para recuperar el bien prestado.

La más que probable reacción de la sociedad ante estas dificultades sobrevenidas, podría ser la reducción de estos gestos desinteresados entre familiares, lo que iría en contra de las intenciones recogidas por el legislador en nuestro Código civil para la protección y ayuda entre familiares, a las que tantos preceptos se dedicó, provocando por ello una brecha, tal vez ya insalvable, que acabase con el modelo familiar que conocíamos, pero que está desapareciendo.

Bibliografía utilizada

- ALONSO SAURA, M.P. y CARRILLO VINADER, F., “Comentarios a la jurisprudencia frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº44, 2010, págs. 94 a 118.
- ALVARADO CHACÓN, R., "La usucapión como modo de adquirir la propiedad en el Derecho romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana", *ANUARIO del Instituto de Derecho Comparado*, Vol. 26, 2003.
- BONFANTE, P., “*Corso di Diritto Romano*”, Vol. 11. Diritti Reali.
- CÁRDENAS MANRIQUE, C., “La buena fe en la prescripción adquisitiva corta”, *Derecho y cambio social*, 1 de julio de 2015.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Breve estudio de los requisitos de la usucapión, en particular de la ordinaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE. Nº1, agosto 2014, Págs. 121 a 130.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Algunas reflexiones sobre la usucapión <secundum> y <contra tabulas>. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de 21 de enero de 2014”, *Actualidad Jurídica Americana*, IDIBE. Nº1, agosto de 2014, págs. 139 a 148.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN Y FERNÁNDEZ, A., *Manual universitario de Derecho Romano*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017.
- GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo I, Ed. Lex Nova, Barcelona, 1889.
- IGLESIAS-REDONDO, J., *Derecho Romano, Historia e instituciones*, Ed. Sello Editorial, 18ª Edición, Barcelona, 2010 (1º Edición 1958).
- LONGO, G., “*Corso di Diritto Romano Diritti Reali*”, Cedam Padova, 1962.
- MAGRO SERVET, V., “Casuística de los tribunales sobre el precario. Respuesta de los Tribunales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº3, 1 de febrero de 2011.

- MAGRO SERVET, V., “La admisión de las “cuestiones complejas” en el juicio de desahucio”, *Diario de las Audiencias y TSJ El Derecho*, Nº 468.
- MAGRO SERVET, V., “La ejecución provisional de las sentencias por precario. Respuesta de los tribunales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº2, 22 de diciembre de 2017.
- MAGRO SERVET, V., “¿Es necesario formular reconvencción en la contestación a la demanda en el juicio verbal si se alega la nulidad de un contrato? (art.408 y 438.3 LEC). Foro abierto”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº2, 29 de mayo de 2018.
- MARTÍ MARTÍ, J., “El movimiento ocupa, el precario y el proceso de desahucio”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº2, 18 de noviembre de 2008.
- MARTÍ MARTÍ, J., “El precario en las relaciones familiares”, *Revista de jurisprudencia El Derecho*, Nº2, 1 de abril de 2013.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., “Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿Dos figuras en liza?”, *InDret*, Abril 2013.
- MORALES MORENO, A.M., La usucapión, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº3, 2000, págs. 175 a 204.
- MOYA MEDINA, S., “Vivienda familiar. Problemática en el derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales (I)”, *El Derecho online*, 22 de diciembre de 2006.
- MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Ed. LA LEY, 4º Edición.
- OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y Francés histórico*, Ed. Bosch, Tomo II, Barcelona, 1963, pág. 546. (Traducción realizada por MANUEL FAIRÉN del Título original: *DROIT ROMAIN ET ANCIEN DROIT: Les biens*, Collection “THÉMIS”, Presses Universitaires de France, París, 1961.
- PÉREZ UREÑA, A., “El juicio verbal por precario en la nueva LEC”, *Boletín de*

Arrendamientos Urbanos El Derecho, N°27, 31 de enero de 2003.

- PÉREZ UREÑA, A., “La cesión gratuita de un inmueble a familiares para uso de vivienda familiar”, *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, N°44, 1 de marzo de 2008.

- PIÑEIRO VIDAL, J.L., “Inconstitucionalidad de la usucapión sin buena fe y sin título”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, N° 2375, 21 de febrero de 2007.

- PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, J.M., “Uso temporal y abandono de la vivienda familiar. Foro abierto”, *Boletín de Derecho de familia El Derecho*, 1 de marzo de 2010.

- SOLER PASCUAL, L.A., “¿En caso de condominio de un inmueble, puede uno de los co-propietarios aprovechar a su favor la prescripción adquisitiva para adquirir la totalidad del dominio? Foro abierto”, *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, 1 de marzo de 2009.

- TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, J., “Intento de clarificación en torno a las acciones de desahucio”, *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, N°38, 2 de agosto de 2007.

Índice jurisprudencial

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 19 de noviembre de 1910

- STS 2 de febrero de 1928

- STS 5 de octubre de 1933

- STS 10 de noviembre de 1954

- STS 23 de junio de 1965

- STS 17 de marzo de 1969

- STS 9 de diciembre de 1972

- STS 22 de septiembre de 1984

- STS 12 de marzo de 1985
- STS 21 de octubre de 1988
- STS 6 de marzo de 1991
- STS 26 de marzo de 1991
- STS 25 de febrero de 1992
- STS 14 de abril de 1992
- STS 3 de noviembre de 1994
- STS 30 de diciembre de 1994
- STS 7 de febrero de 1997
- STS 28 de diciembre de 2001
- STS 11 de noviembre de 2002
- STS 16 de febrero de 2004
- STS 26 de diciembre de 2005
- STS 14 de noviembre de 2008
- STS 13 de abril de 2009
- STS 30 de junio de 2009
- STS 11 de junio de 2012

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP Murcia, Sección 2ª, de 11 de abril de 1995
- SAP Palencia de 19 diciembre de 1995
- SAP Girona, Sección 2ª, de 7 mayo de 1998

- SAP Cádiz, Sección 6ª, de 17 enero de 2000
- SAP Córdoba, Sección 1ª, de 22 mayo de 2000
- SAP Tarragona, Sección 1ª, de 20 de octubre de 2000
- SAP Vizcaya, Sección 4ª, de 25 de octubre de 2000
- SAP Barcelona, Sección 4ª, de 31 mayo de 2002
- SAP Girona, Sección 1ª, de 31 de julio de 2002
- SAP Badajoz, Sección 1ª, de 19 de febrero de 2003
- SAP Sevilla, Sección 5ª, de 3 de octubre de 2003
- SAP Barcelona, Sección 13ª, de 15 julio de 2008
- SAP Barcelona, Sección 13ª, de 22 de diciembre de 2009
- SAP Zaragoza, Sección 2ª, de 23 de marzo de 2010
- SAP Illes Balears, Sección 5ª, de 27 de mayo de 2013
- SAP Las Palmas, Sección 5ª, de 27 de mayo de 2013
- SAP Madrid, Sección 14ª, de 30 de septiembre de 2015