

EL PROCESO INTRODUCIDO POR LA LEY 5/2018
PARA LA INMEDIATA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS
OCUPADAS ILEGALMENTE Y SU RELACIÓN CON EL
PRECARIO

*THE PROCEDURE INTRODUCED BY LAW 5/2018 FOR THE
IMMEDIATE RECOVERY OF ILLEGALLY OCCUPIED PROPERTIES
AND ITS RELATIONSHIP TO PRECARIOUSNESS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 336-375

Carmen María
MONSERRATE
ARROYO

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: En este estudio, tras un primer análisis sobre los vacíos existentes en el proceso para la recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente, a través de un análisis detallado de conceptos equívocos que vienen usándose en el ámbito de la protección posesoria, se analiza en profundidad la institución del precario, lo que permitirá diferenciar claramente dos procesos que se utilizan incomprensiblemente de forma equivalente.

PALABRAS CLAVE: Precariousness; occupation; procedure; protection; transfer; inappropriate; legislator.

ABSTRACT: *In this paper, we first analyse the gaps in the process for recovering illegally occupied property. Through a detailed examination of the misconceptions that have come to be accepted in the field of protection of possession, we then conduct an in-depth analysis of the concept of 'precarious tenancy', which will enable us to clearly distinguish between two processes that are, incomprehensibly, often treated as equivalent.*

KEY WORDS: Precario; ocupación; procedimiento; protección, cesión, inadecuado, legislador.

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN POSESORIA. NOTAS INTRODUCTORIAS.- II. EL PROCESO INTRODUCIDO POR LA LEY 5/2018 PARA LA INMEDIATA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS ILEGALMENTE.- 1. Sobre la “ocupación”.- 2. Algunas cuestiones sobre la Ley 5/2018. Reflexiones sobre sus características y fracaso.- 3. El concepto de “poseedor legítimo”.- 4. El concepto de “vivienda” y “vivienda habitual”.- III. EL PRECARIO.- 1. Breve análisis de los antecedentes históricos y su evolución.- 2. Las sentencias del Tribunal Supremo: la línea jurisprudencial mantenida durante los siglos XX y XXI.- A) *Análisis jurisprudencial de algunas sentencias destacadas*.- B) *Toma de posición*.- 3. Algunas consideraciones sobre el proceso de desahucio por precario.- 4. Sentencias de las Audiencias Provinciales sobre el uso del desahucio por precario.- IV. CONCLUSIONES.

I. LA PROTECCIÓN POSESORIA. NOTAS INTRODUCTORIAS.

La posesión, fenómeno natural desde que existe la humanidad, sigue siendo un concepto equívoco que varía entre ordenamientos jurídicos y en el que confluyen antecedentes de Derecho romano, germánico y canónico. Determinar qué es, por tanto, es verdaderamente complejo, ya que el Código no da una definición en sentido estricto o de forma explícita, y su naturaleza jurídica sigue siendo algo muy discutido doctrinalmente. Siguiendo a LACRUZ, la posesión no es más que “la dominación de una cosa que se *tiene*. Un contacto físico autónomo y visible”¹; por su parte, el Código Civil (CC), en su art. 430 refiere que “posesión natural es la tenencia de una cosa o animal, o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa, animal o derecho como suyos”.

Se defina como se defina la posesión, y sea cual sea su naturaleza jurídica, lo cierto es que a los *poseedores* se les protege por el ordenamiento jurídico. El citado artículo 430 es fundamental al hablar de la protección posesoria ya que, desde el principio, parte de la idea de que poseedor es, sencillamente, quien tiene materialmente la cosa y ello con independencia de su derecho a poseer o no². Dicho en otros términos, el Derecho protege a quien tiene el llamado *ius possessionis*. Este es un concepto “circular”, pues es la propia tenencia la que genera ese *ius possessionis*, y este último determina el derecho de quien *tiene* a seguir en esa posesión, en esa tenencia. El *ius possidendi*, por contra, se refiere al derecho que

1 LACRUZ, J.L.: *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y propiedad*, 3º ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 31. Además, en la página 32, continúa matizando lo que es la posesión: “el término *posesión*, ya lo he dicho, designa especies muy varias; tanto la tenencia física como la apariencia de titularidad de un derecho; tanto el contacto con la cosa que se realiza por el propio titular como el de otra persona en favor de éste”. Estos matices son importantes para entender, más tarde, cómo se formula y por qué la protección posesoria.

2 En relación, también, con el artículo 438 CC: “la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”

• Carmen María Monserrate Arroyo

Graduada en Derecho y Máster en Acceso a la Abogacía por la Universidad de Murcia. Correo electrónico: carmenmaria.monserratea@um.es.

tiene un sujeto a poseer, pero no por tener la cosa, sino porque verdaderamente tiene un derecho subjetivo, un título en que se funda esa posesión. Por supuesto, este último también queda protegido, pero no necesariamente por los mismos procesos por los que se protege al poseedor natural, sin derecho³.

La idea general y principal sobre la protección del poseedor ya la ofrece el CC en su art. 446: “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”. Ello en combinación con lo establecido en el art. 441: “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor se resista a la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”. Estos dos artículos nos muestran las dos caras de la moneda que es la posesión: el sujeto que tiene en su poder materialmente la cosa, aunque no tenga derecho alguno a esa tenencia, tiene derecho a que se le respete en su posesión, estando legitimado para iniciar los procesos judiciales oportunos para reaccionar ante cualquier perturbación o despojo (art. 446), aunque esa perturbación o despojo provenga de un sujeto con derecho a poseer esa misma cosa fundado en algún título que lo ampare, quien no puede molestarle en su posesión mientras aquel muestre oposición (art. 441). Así, al mero detentador se le protege *erga omnes* y se garantiza que la única vía posible tanto para defender su posesión, como para reivindicar otro sujeto su derecho a poseer, sea la judicial. Esto es lógico, pues el fundamento más firme y claro de la protección posesoria responde a una cuestión de preservación de la paz social y el orden público, evitando así la justicia privada⁴.

Así las cosas, nuestro ordenamiento ha establecido una serie de procesos que se encargan de proteger la posesión. Estos procesos actuales encuentran su origen en el Derecho romano, en los juicios interdictales, donde se ejercitaban los llamados *interdictos*. Actualmente, la vía procesal específica para la defensa de la posesión se articula a través del cauce del juicio verbal y, en concreto, de procesos sumarios que podemos encontrar enumerados en el art. 250.I LEC, por ejemplo: proceso de desahucio por precario -aunque este es plenario- (250.I.2.º); proceso para la obtención de la posesión de bienes adquiridos por herencia -protección de la posesión civilísima- (250.I.3.º); proceso para la tutela frente a la perturbación

3 Aunque, quien posee materialmente la cosa, además, con *ius possidendi*, puede utilizar los procesos previstos para la defensa del *ius possessionis*, pero no al revés. Quien solo tiene sin derecho a ello, no puede utilizar los procesos previstos para la defensa del *ius possidendi* porque no puede aportar título alguno que justifique un derecho que no existe.

4 También hay teorías que afirman que esta protección especial que se otorga a la posesión es porque se considera que quien posee, normalmente lo hace porque tiene derecho a ello, protegiéndose así la apariencia del poseedor. Aun así, parece más acertado y coherente fundamentar la protección posesoria en razones de orden público.

o despojo de la posesión (250.I.4.º); procesos para la inmediata recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente (250.I.4.º, párrafo segundo); proceso para la protección de derechos reales inscritos (250.I.7.º); o el proceso de desahucio por falta de pago o expiración del plazo (250.I.1.º).

Todos estos procesos se abren con el ejercicio de las acciones posesorias, que están encaminadas a solicitar la protección de la posesión, bien como derecho, bien como poder de hecho (*ius possidendi* – *ius possessionis*)⁵. De esta forma, la protección posesoria, con su doble cara, protege de actos violentos tanto al sujeto que posee sin fundamento ni título alguno (incluso a costa del poseedor con derecho), como al sujeto que sí tiene derecho a poseer frente a quien ha ocupado su posesión ilegalmente, protección asegurada en ambas posiciones con estos procesos sumarios.

Si bien en teoría son procesos que parecen estar definidos de forma concisa, si ahondamos en la terminología empleada en cada uno de ellos veremos que, en realidad, hay una confusión importante a nivel conceptual, lo que determina que, en la práctica, se utilicen a veces de forma indistinta para situaciones que, en rigor, son distintas. Estos van a ser analizados a continuación.

II. EL PROCESO INTRODUCIDO POR LA LEY 5/2018 PARA LA INMEDIATA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS ILEGALMENTE.

I. Sobre la “ocupación”.

El proceso posesorio por excelencia cuando se habla sobre la protección posesoria lo encontramos en el interdicto de retener y recobrar (250.I.4.º, párrafo primero), que defiende la posesión de facto -y sobre el que no se va a decir prácticamente nada en este trabajo- pero que es necesario mencionar para pasar a hablar de lo que pudiera parecer su reverso: el proceso para la inmediata recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente, que introdujo la Ley 5/2018, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. Desde su creación, la doctrina se ha preguntado si es o no una modalidad del clásico interdicto mencionado⁶, y el decir que puede ser el reverso del primer proceso mencionado no es sino porque, en apariencia,

5 No son acciones posesorias aquellas cuyo ejercicio puede dar lugar a poner en posesión de una cosa a un sujeto, pero que están basadas en otro derecho subjetivo distinto de la posesión. Por ejemplo, la acción reivindicatoria es la que ejercita quien desea hacer valer su dominio sobre un bien; en caso de prosperar, el propietario obtiene la posesión de ese bien, no por haber sido poseedor previamente, sino porque la propiedad, como derecho subjetivo, incluye entre sus facultades jurídicas el derecho a poseer la cosa.

6 Algo en lo que no se va a entrar en profundidad porque no es relevante para el objeto de este trabajo. Parece que la defensa de este proceso como una modalidad del interdicto de retener y recobrar se basa sencillamente en que el legislador lo ha introducido en el mismo artículo, mismo apartado. Lo cierto es que es bastante discutible que sea una submodalidad de la acción posesoria frente a la perturbación o despojo, por las partes implicadas, por el propio objeto del proceso e incluso por el plazo para interponer la acción.

parece que lo que está protegiendo es el derecho a poseer⁷. Esto, según la perspectiva con la que se analice, porque *a priori* no se deja claro a quién protege verdaderamente. Aunque, siguiendo el espíritu del CC, es verdad que se protege a quien tiene *ius possidendi*, de tal forma que este pueda recuperar su inmueble, también se está protegiendo, de alguna forma, el *ius possessionis*, puesto que el ocupante ilegal que posee de hecho también es tutelado asegurando que, para ser echado, se tenga que iniciar un proceso judicial, no permitiéndose su lanzamiento de forma violenta por quien se cree con derecho a poseer el inmueble.

Esta Ley, como bien señala en su exposición de motivos, fue creada ante la lacra social y económica que suponía un problema que venía sucediendo desde hacía años, el de la ocupación de viviendas, justificándose de la siguiente forma: “ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar”. Con independencia del mayor o menor triunfo de este proceso, la Ley que lo introduce define, con acierto, lo que es la ocupación en puridad⁸, es decir, aquella “no consentida ni tolerada”. A esto habría de añadir que esa ocupación no consentida ni tolerada lo es originariamente, es decir, desde el principio, y además por un sujeto que no tiene ni ha tenido en ningún momento título que le otorgue derecho a poseer (esto es lo que diferencia al ocupante ilegal del sujeto que se encuentra en situación de precario, como se analizará más adelante)⁹¹⁰.

Es importante distinguir lo que se entiende por “ocupación” desde el punto de vista del Derecho (y, por tanto, lo que es la verdadera ocupación) de lo que es la ocupación en el contexto social. De esta última forma parece que se

7 Esto es lo que piensa, por ejemplo, LAFUENTE, quien nos dice que: “En tanto que el clásico interdicto de recobro va dirigido —como dijimos— a proteger la posesión como mero hecho, el que ahora analizamos tutela el derecho a poseer. Así se desprende de varios preceptos: del art. 437.3 bis LEC, en cuya virtud debe acompañarse a la demanda el título en el que el actor funde su derecho a poseer; del art. 441.I.bis, párrafo 2.º, que condiciona la inmediata entrega del inmueble a que dicho título se reputa suficiente para acreditar el *ius possidendi* (...)”. LAFUENTE TORRALBA, A.J.: “El *labyrinthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia”, *Revista de Derecho aragonés*, núm. 26-27, 2020-2021, p. 136.

8 Esto es a lo que hace referencia el fenómeno “okupa”, como se le denomina coloquial o socialmente. También hay que tener en cuenta que este fenómeno político y social en realidad puede darse en cualquier tipo de inmuebles -viviendas o locales-.

9 De nuevo acertadamente, continua en su exposición de motivos esta Ley concretando que “el cauce conocido como «desahucio por precario» plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante”.

10 En este sentido se pronuncia ARIZA COLMENAREJO, M. J.: “Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas”, *Diario La Ley*, núm. 9245, 2018, p. 2.: “la ocupación sería el proceso por el cual “personas físicas entran a morar en edificaciones más o menos habilitadas como domicilio, para desarrollar su actividad personal sin consentimiento del propietario, sin título ni derecho alguno”.

considera ocupación toda aquella que no está permitida por quien tiene derecho a poseer -propietario o no-, incluyendo dentro del ámbito de la ocupación ilegal situaciones de permanencia ilícita dentro de una vivienda, como pueden ser, por ejemplo, los supuestos en que un arrendatario permanece en la vivienda sin pagar la renta. Tanto la ocupación como estas otras situaciones se mueven dentro de la ilegalidad, pero no reciben, o no han de recibir, la misma respuesta por parte del Derecho, pues los supuestos son distintos desde su propio origen. Nuestro ordenamiento sí distingue la ocupación de otras situaciones en las que un sujeto decide permanecer de forma ilícita en un inmueble, normalmente en viviendas. Es por ello por lo que se prevén distintos procesos según haya ocupación (250.I.4.º, párrafo segundo LEC), se trate de un precarista (250.I.2.º LEC) o se trate de un arrendatario que ya no paga o cuyo arrendamiento ha expirado (250.I.1.º LEC); por tanto, la confusión entre situaciones no se ha dado por parte del legislador, quien ya reconoció en la Ley 5/2018 que la ocupación en nuestro país no había sido abordada a través cauces procesales específicos. Una adecuada delimitación de lo que es la ocupación permite dar una mejor respuesta.

2. Algunas cuestiones sobre la Ley 5/2018. Reflexiones sobre sus características y fracaso.

Este proceso sumario pretende conseguir el lanzamiento de aquellos sujetos que ocupan materialmente un inmueble o parte de él y pueden instarlo las personas físicas propietarias o poseedoras legítimas, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social^{II}. A colación del análisis sobre si es o no una modalidad del clásico interdicto (que protege el *ius possessionis*), si se estudia en profundidad se puede observar que no es tan fácil llegar a una conclusión definitiva porque la intención protectora del legislador es doble: se pretende que sea un proceso ágil y rápido para quien tiene derecho a poseer (*ius possidendi*) y, al mismo tiempo, aunque sea menos evidente, trata de proteger al ocupante que, con frecuencia, puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad (*ius possessionis*), como ya se ha mencionado. Si bien es cierto que, aunque ya no sea una cuestión tan relevante como pudo serlo en el momento de su entrada en vigor, más bien se puede clasificar como una modalidad del interdicto de recobrar la posesión, no por su ubicación sino por su naturaleza; y, aunque es evidente su uso prácticamente nulo, al seguir vigente es necesario dedicarle unas reflexiones.

II Quedan fuera cualesquiera otras personas jurídicas, que tienen a su alcance otros procesos (que se dilatan aún más en el tiempo) para la recuperación de las viviendas que tengan derecho a poseer, lo que quizá podría suponer un conflicto de constitucionalidad de la norma por una posible vulneración del art. 14 de la CE. Parece que así el legislador intenta evitar que grandes tenedores, entidades financieras o análogas, puedan hacerse valer de un proceso que, en principio, pretende ayudar al propietario común o, como se dice, *poseedor legítimo*, que pudiera necesitar realmente el inmueble.

La medida más llamativa para conseguir esa rapidez consiste en introducir un incidente dentro de este proceso por el cual se puede solicitar el inmediato lanzamiento de los ocupantes y con ello la inmediata entrega de la posesión¹², solicitándolo en la demanda y requiriendo el tribunal a los ocupantes para que aporten justo título en que fundamenten su posesión, por plazo de 5 días desde la notificación del proceso (art. 441.I bis LEC).

Estas medidas cautelares son bastante especiales, aunque es el legislador quien las denomina de esta forma, pues se comportan más bien como una ejecución provisional. Estas lo que hacen no es asegurar una determinada situación para que la eventual sentencia no pierda su efecto, sino que anticipan la consecuencia de esa eventual sentencia estimatoria, adelantando la ejecución. Por otro lado, además, en aras de la agilidad que requiere un proceso sumario, y aún más este, se prescinde de la audiencia a la otra parte y el solicitante de las medidas no tiene que demostrar activamente ninguno de los dos presupuestos que, generalmente, exige cualquier medida cautelar: ni el *periculum in mora* ni el *fumus boni iuris*, que, de alguna forma, ya se entienden implícitos o se presumen cuando en el momento de presentación de la demanda se aporta el título que justifica el *ius possidendi*¹³.

Continuando con esa doble protección, y partiendo del hecho de que cualquier proceso para despojar de la posesión a quien posee sin derecho ya supone una garantía para el poseedor de facto, en este caso la ley articula medidas concretas para intentar paliar la vulnerabilidad de los ocupantes que van a ser desahuciados. Es bastante frecuente que estos sujetos ocupantes se encuentren en situación de marginalidad e incluso que se trate de familias, por lo que la citada ley añade en el art. 444.I bis, párrafo tercero LEC, lo siguiente: “en todo caso, en la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan”. El legislador introduce una medida que no ayuda a la agilidad que en teoría se predica de este proceso, pues pone su confianza en que los servicios sociales, dependientes de la Administración Pública, puedan encontrar una solución habitacional en un máximo de 7 días, cuando la realidad demuestra que la falta de recursos -tanto de las Administraciones Públicas como de la propia Administración de Justicia- impide tal

12 Que, por otro lado, pueden ser “ignorados ocupantes”, pues lo normal en una ocupación es que se desconozca la identidad de los sujetos que se han asentado en la vivienda.

13 De hecho, si se atiende a las enmiendas que se propusieron a la inicial proposición de ley, la número 23 solicitó que se suprimiera esta medida para “evitar que puedan producirse medidas cautelares que puedan provocar lanzamientos sin previa audiencia del demandado”, de lo que se deduce que ya entonces se adelantó que, en realidad, más que cautelar la medida era ejecutiva (disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-78-4.PDF, fecha de acceso: 10/12/2025).

agilidad¹⁴. En caso de que se comunique a los servicios sociales y en tanto se busca una solución para los ocupantes, cabe preguntarse, a tenor de la literalidad de esta ley, si se paraliza el lanzamiento o se continúa con el mismo, porque cualquiera de las dos posibles soluciones a este supuesto no son satisfactorias: si se suspende la ejecución no se estaría proporcionando una efectiva protección posesoria al sujeto ocupado, al alargar sobremanera el momento del desalojo esperando una solución que, con toda seguridad, tardará; si se procede al lanzamiento de los ocupantes, la ley estaría fracasando en su intento proteger a los sujetos desamparados.

Por su diseño, sí encaja con la sumariedad que se predica del mismo, y parece que el problema se presenta fundamentalmente en la propia fase de ejecución, pues en la práctica jurídica lo habitual será que los tribunales no procedan al lanzamiento de sujetos vulnerables hasta que no se dé una solución habitacional, aunque haya finalizado la fase declarativa con un pronunciamiento favorable a ese desahucio.

En cualquier caso, aunque han pasado ya unos años desde la entrada en vigor de la Ley 5/2018, actualmente también ha de ser tenida en cuenta la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante: LDV), que introduce importantes medidas en el ámbito procesal relevantes para el supuesto recién planteado. Una de las modificaciones estrella es la que se hace en el art. 439 LEC, sobre la inadmisión de la demanda en ciertos casos, y para lo que aquí interesa, introduce un nuevo apartado 6 que determina que: “en los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique: a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante; b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. En el caso de indicarse que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre de la parte actora”¹⁵. Esto restringe todavía más la agilidad del proceso en cuestión, ya que normalmente la vivienda ocupada lo será con la finalidad de constituir vivienda habitual de los ocupantes. Sin embargo, si en una ocupación lo normal es que los ocupantes sean desconocidos, no parece sencillo para el demandante aportar indicios fundados en la demanda de que están

14 Tampoco se entiende que el legislador de 2018 supedita la ayuda de la Administración al propio consentimiento de los ocupantes, pues acabar con la vulnerabilidad social o proporcionar soluciones eficaces ante estas situaciones debería ser una cuestión de orden público o interés general. Actualmente, ya no se requiere este consentimiento, como se comenta a continuación.

15 Además de otros apartados que han sido recientemente declarados inconstitucionales por STC 26/2025, de 29 de enero (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2025-4079>).

utilizando el inmueble como vivienda habitual¹⁶, por lo que no solo se reduce la agilidad sino que se podría llegar a reducir la propia operabilidad del proceso al no poder determinar si es vivienda habitual o no.

En el art. 441 LEC se modifica el apartado 5 y se introduce el 6, que básicamente regulan la forma de actuar en caso de vulnerabilidad económica y social del ocupante, a quien se le informará de la posibilidad que tiene de acudir a los servicios sociales de la Administración, aunque también se informará de oficio¹⁷. Una vez verificada esta vulnerabilidad se presentará al Juzgado “propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada”; finalmente se establece que el Tribunal pueda suspender el proceso “para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica”. Antes también se preveía esta suspensión por la misma causa, pero no en relación con el proceso del art. 250.1.4°.

En definitiva, se intentó crear un proceso ágil y eficaz, pero tener en cuenta los contextos de precariedad económica del ocupante también implica introducir medidas que retrasan el proceso para estudiar otras alternativas. La Ley 5/2018 ya era consciente de este hecho y desde la puesta en marcha de este proceso de “desalojo exprés” se ha evidenciado que no ha respondido con la celeridad esperada. Aunque no daba respuesta explícita a si era necesario suspender o no el proceso (sin perjuicio de la práctica judicial), ya con la entrada en vigor de la LDV se faculta expresamente al Tribunal para la suspensión, obstaculizando definitivamente el proceso. Contrasta con el hecho de que nos movamos dentro del ámbito de un proceso sumario en el que se pretende el despacho de la protección del *poseedor legítimo* rápida y satisfactoriamente. Aun así, es un ejemplo curioso de hasta qué punto se protege a quien posee de hecho, sobre todo por su marginalidad, y de cómo el ordenamiento siempre intenta conjugar la protección del *ius possessionis* y del *ius possidendi*.

En la exposición de motivos de la ley se intenta reforzar la premisa fundamental (y no cumplida) de nuestro Derecho: la concepción del orden penal como *ultima ratio*, pues los casos de ocupación venían resolviéndose prácticamente siempre a

16 “Sorprende que, en un juicio verbal de desahucio, especialmente cuando se refiere a un caso de okupación, en el que al titular de la vivienda le es prácticamente imposible saber quién está dentro de la misma que además se le imponga la carga de la prueba de que el inmueble okupado constituye la vivienda habitual de la persona ocupante”, ARNAU MOYA, F.: “Luces y sombras de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda”, *Revista jurídica valenciana*, núm. 42, 2023, p. 100.

17 Ya no es necesario que los ocupantes presten su consentimiento como pedía la Ley 5/2018.

través de procesos penales que tampoco daban una respuesta verdaderamente eficaz¹⁸. Por ello, el legislador, además de su intención de satisfacer el derecho de posesión del afectado, intenta crear un proceso ágil que seduzca a los operadores jurídicos a reconducir la solución a la vía civil, y de ahí todas estas medidas que se pensaba que podían ser lo suficientemente céleres.

Sin embargo, no contaba el legislador con que las Administraciones Públicas no podían satisfacer las necesidades habitacionales con la rapidez que se requería, ni sostener la alta demanda de vivienda. Tampoco iba a poder la Administración de Justicia resolver con la fluidez pensada, situación ésta absolutamente previsible. Sobre la teoría supone un proceso magnífico que cuenta con todos los elementos para aportar una solución rápida; sin embargo, también resulta un planteamiento poco sensato y razonable -incluso idealista- que solo hubiera tenido éxito si la situación de las administraciones hubiera permitido actuar con dicha agilidad. El primer motivo del fracaso de este lo constituye la decepción que implica la propia disociación entre este proceso en su concepción teórica (llamado coloquialmente e incluso por la clase política como proceso de *desalojo exprés*) y en el plano real, donde se necesita rapidez y no se puede conseguir¹⁹.

3. El concepto de “poseedor legítimo”.

En esta Ley 5/2018 se hace referencia hasta en diez ocasiones a la *legitimidad* en la posesión (v.g., “poseedor legítimo” o “legítimo derecho de poseer”). Sin embargo, el CC no menciona ni una sola vez en todo su articulado “posesión legítima” o similares. Es un “concepto”, por tanto, que opera dentro del Derecho procesal pero que el Derecho civil sustantivo ignora. En realidad, no es que lo ignore en sentido estricto, sino que en Derecho civil el concepto de “posesión legítima” terminológicamente es redundante, pues lo cierto es que todos los poseedores son legítimos. Aunque hay autores²⁰ que relacionan la posesión

18 Véanse, los supuestos de usurpación pacífica de inmuebles (en la realidad, un gran número de ocupaciones son pacíficas), ya que no suelen darse los elementos que el tipo penal requiere y finalizaban casi siempre con la absolución del denunciado.

19 La solución judicial a la ocupación ilegal y otras formas de permanencia ilegal en viviendas (como los mal llamados *inquiokupas*, por ejemplo) es sumamente compleja, fundamentalmente por la difusa regulación jurídica de los distintos procesos previstos, mezclándose la vía penal con la civil y viceversa, e intercambiando unos procesos por otros con un objeto distinto. Precisamente, esta ambigüedad jurídica acaba decepcionando a la ciudadanía cuando acuden a los tribunales a instar la defensa de sus derechos y es la responsable de dos lacras en la actualidad: los grupos *desokupa*, que suponen una amenaza real para el orden público, incitando a la justicia privada al afectado -que, por otro lado, era un modo de solución de conflictos más que superado en nuestra sociedad-, y no solo eso, sino incentivando actuaciones en el límite de la ilicitud, cuando no directamente ilegales; de otro lado, siquiera en parte, el miedo latente en la ciudadanía a una posible ocupación o a la pérdida de control sobre una vivienda de su propiedad, necesariamente tiene efectos en el problema de la vivienda que actualmente vivimos.

20 Como BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos «ocupa» y «ocupado»”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 47, 2018, p. 4. La distinción que se hace de la posesión en este trabajo (buena fe, mala fe, violenta o clandestina...) no tiene que ver con la protección posesoria, considerando este autor la legitimidad de la posesión tal y como la considera el legislador de la Ley 5/2018, relacionando legitimidad con título para poseer. Parece contradecirse, además, cuando recalca que: “todo poseedor -incluido el sujeto ocupa de una vivienda- ostenta el llamado *ius*

legítima con la posesión legalmente adquirida, la posesión es posesión sea cual sea su origen, y no afecta a su legitimidad en orden a la protección que se le otorga. Otra cosa es que se añada la connotación “justa” o “injusta” a la posesión, incluso que pueda considerarse posesión de buena fe o de mala fe, pero, aun así, todos los poseedores son legítimos porque así se establece en el CC. Cuando se habla de la posesión a colación de su protección y se usa el concepto de posesión legítima, se corre el riesgo de llegar a considerar que posesión ilegítima es toda aquella que no se basa en ningún título. Siguiendo este razonamiento, el precarista, que funda su legitimidad en la gracia o beneplácito del *precario dans* y que no tiene título (entendiendo el título el documento físico que lo recoge, puesto que, título en sentido estricto, como ya se explica más adelante, sí tiene) no sería considerado poseedor legítimo cuando, de nuevo siguiendo con el mismo razonamiento, es poseedor “justo” y de buena fe. Tampoco se es menos poseedor por haber adquirido la posesión ilegalmente²¹, sin perjuicio de que merezca reproche por vía penal, por ejemplo. Hay que recordar que la posesión se protege, a propósito, con procesos sumarios donde lo único que interesa es saber si efectivamente se posee (*ius possessionis*) y/o si quien reclama la posesión, según los casos, tiene *ius possidendi*, y para ello no importa cómo se haya adquirido la posesión en términos de legalidad, porque no es la finalidad de estos procesos, así como tampoco se entrará a cuestionar si ha habido buena fe o mala fe o si la posesión es más o menos justa, interesando estos aspectos en otros ámbitos distintos a los de la protección posesoria, como puede ser a efectos de usucapión.

La posesión como mero hecho ya otorga una legitimidad especial a quien posee, especial porque la otorga sin necesidad de justificar que se funda en un título. La posesión de quien simplemente detenta un bien sin título, de hecho, no es menos legítima que la posesión de quien detenta un bien porque además tiene derecho a ello, pues ambos están protegidos por el ordenamiento, siquiera de forma transitoria o provisional, que es lo que ocurre con la protección del *ius possessionis* si no está basada en ningún derecho subjetivo que la abarque. La legitimidad de todos los poseedores es tal que el Derecho ha articulado procesos que pretenden ser ágiles para poder dar una respuesta rápida a cualquier situación posesoria.

La posesión, en su origen, es indudablemente un hecho jurídico que desata una serie de efectos o consecuencias que acaban otorgando a quien posee algunas facultades que le permiten, finalmente, conseguir ante los tribunales una protección concreta a través del ejercicio de acciones. Precisamente por eso, la

possessionis (...). Ello, incluso, a pesar de la inexistencia de título que legitime su posesión”. Si se tiene *ius possessionis*, se es poseedor legítimo.

21 Piénsese, por ejemplo, en quien roba una cosa. Siendo delito, desde un punto de vista civil no deja de ser poseedor, pues detenta la cosa y por tanto, tiene *ius possessionis*, quedando protegido y pudiendo, en teoría, utilizar los interdictos que tiene a su alcance, como el de retener y recobrar la posesión.

mayoría de la doctrina acaba defendiendo que se trata de un verdadero derecho subjetivo, porque la posesión material ya genera ese *ius possessionis* y con ello derecho a seguir en esa posesión. Un derecho subjetivo es una situación de poder o, directamente, un poder jurídico que me concede el Derecho sobre *algo*, sobre una realidad. El hecho de ser titular de un derecho subjetivo me otorga una serie de facultades jurídicas que me dan posibilidades de actuación determinadas; correlativamente, para el resto de las personas, o para algunas personas concretas, existirá un deber jurídico de respeto a ese derecho. Dicho de otra forma, para el Derecho civil poseedor legítimo es aquel que tiene *ius possessionis* y aquel que tiene *ius possidendi*, es decir, todo aquel que *tiene*, porque todos están protegidos, aunque sea de distinta forma e incluso transitoria o provisional (el *ius possessionis* cede antes el *ius possidendi*).

En Derecho procesal, cuando se habla de “posesión legítima” parece que, en principio, habría que pensar en la posesión fundada en algún título que otorga al sujeto un *ius possidendi* (lo que es técnicamente, o, en puridad, incorrecto). Esta conclusión es evidente, porque no pensaba el legislador en un proceso que pudiera utilizar un sujeto que sin título ya ocupaba esa vivienda y que se ve privado por otro ocupante, sin título tampoco; lo que quería el legislador era que tanto el propietario como quien no lo es, pero tiene derecho a poseer (arrendatarios, usufructuarios, incluso precaristas) pudieran hacer valer sus derechos. Por eso, quizá el legislador habría estado más acertado si los términos empleados hubieran sido “sujeto con derecho a poseer en título fundado” o “en justo título” o cualquier otro análogo que exprese la misma idea en lugar de “poseedor legítimo”. Aún más raro es que la ley emplee la expresión “legítimo derecho de poseer” porque, de nuevo, el derecho de poseer puede ostentarse por tener un título que lo adjudique, o simplemente por tener la cosa materialmente, sin más.

Además, es posible ir más allá y preguntarse qué es exactamente el “título” que se debe tener para alegar ese *ius possidendi*, o cómo deber ser aquel. Está claro que el arrendatario tiene un contrato de arrendamiento; en el usufructo, el usufructuario puede serlo, por ejemplo, por disposición testamentaria o de otra forma, no obstante, siempre se dejará por escrito o constará registralmente; pero, también existe la usucapión, y un sujeto al que le han ocupado una vivienda que ha logrado usucapir tras cumplir con todos los requisitos legales lo más probable es que solo pueda demostrar esa usucapión a través de testimonios de vecinos o similares. Es dudoso que se admita por un tribunal esta forma de demostrar el derecho a poseer, así que, más bien, se debe aportar un título documentado. Y como solo se puede aportar este título documentado, por ejemplo, el precarista, parece que no podría beneficiarse de este proceso, siendo un poseedor legítimo²².

22 Esto es, porque no será frecuente que esta situación de precario se haya documentado. Pudiera darse algún caso en que sí, porque la casuística siempre es variada, pero como suelen ser concesiones *gracias* y que

Tampoco el arrendatario que vive en un inmueble sin haber firmado contrato (no será frecuente esto actualmente), aunque pudiera demostrarlo con un extracto bancario de las transferencias realizadas al arrendador (no prueba que se tenga ningún derecho, solo que efectivamente se realizan esas transferencias). Por todo lo expuesto, no es que este proceso no funcione o que no sea adecuado, sino que simplemente utiliza conceptos que, tomados desde una perspectiva civilista, generan situaciones paradójicas por la contradicción entre lo que se entiende en el seno del Derecho procesal y lo que se entiende por el Derecho civil. Así también queda aún más restringido el ámbito de la legitimación activa.

La proposición de ley de la que parte el procedimiento legislativo ya mencionaba el confuso “legítimo derecho de poseer”, entendido este como el derecho que tiene el sujeto con *ius possidendi* (aunque, como se ha dicho, ese legítimo derecho de poseer lo tiene el sujeto con *ius possessionis* también). No se introduce el concepto “poseedor legítimo” pero sí es destacable que, en este momento, no se estaba pensando en la protección de los poseedores legítimos tal y como se entiende por la doctrina civilista (ni de ninguna forma) sino, como se menciona en la p. 3, de “dueños o usufructuarios”²³.

Se acuerda encomendar su aprobación a la Comisión de Justicia y se abre plazo para que los demás grupos parlamentarios presenten enmiendas²⁴. En concreto, se propusieron algunas enmiendas que resultan interesantes a colación de esta cuestión:

- En la enmienda núm. 4 se suprimen de la redacción que se había dado en la proposición los términos “dueño y usufructuario” y “derecho a poseerla”, cuya justificación radica en una mejora técnica.

- En la enmienda núm. 5, se añade por fin el concepto de poseedor legítimo proponiendo la siguiente redacción: “también estarán legitimadas a demandar la entrega de una vivienda de forma subsidiaria a las que corresponderían al legítimo poseedor (...) las administraciones públicas con competencias en materia de vivienda (...)”.

con mucha frecuencia se dan en el ámbito familiar, no es probable que se haya dejado por escrito.

23 La redacción que se propuso sobre el art. 250.I LEC fue: “[...] 2.º bis. Las que pretendan el lanzamiento o desalojo y la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, por parte de su *dueño o usufructuario*, siempre que se trate de personas físicas, o bien de entidades sociales y de administraciones públicas tenedoras de un parque de vivienda de alquiler social, *con derecho a poseerla*, por haber sido desposeídas de ella sin su consentimiento”.

24 https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-78-4.PDF (fecha de acceso: 10/12/2025)

Sin embargo, el texto que se remite al Senado²⁵, contenía, palabra por palabra, la redacción actual del art. 250.I.4 ° párrafo segundo; finalmente, se aprobó sin enmiendas importantes por parte del Senado el texto remitido²⁶. Sí se propusieron enmiendas en este momento también, pero ninguna relevante o relacionada con una mejora técnica que esclareciese qué es ser “poseedor legítimo” o más bien que introdujeran de una forma más adecuada lo que se pretendía, que era permitir que solo pudieran valerse de este proceso los sujetos con *ius possidendi* y, además, documentado²⁷.

Es curioso ver cómo la preocupación de los grupos parlamentarios se centró en discutir si se debía hacer uso de los términos “poseedor legítimo” y análogos, o de “dueño y usufructuario”, como se ha expuesto, por lo que ya se puede comprobar que no se valoró en ese momento, probablemente por desconocimiento técnico, que la posesión siempre es legítima, siguiendo el tenor del CC. Ello resulta lógico por cuanto lo que se buscaba en este momento, dada la creciente preocupación por el fenómeno *okupa*, era la practicidad.

4. El concepto de “vivienda” y “vivienda habitual”.

El proceso para la inmediata recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente tiene como objeto del proceso precisamente la “vivienda”, no la “vivienda habitual”. Quedan fuera del objeto de este proceso cualesquiera otros inmuebles que no conformen vivienda. Aunque no se hable de vivienda habitual, lo normal es que quien ocupa lo haga con finalidad de desarrollar su vida privada y familiar en el inmueble, pretendiendo esa habitualidad y no el desarrollo esporádico de su intimidad personal, buscando permanecer en el inmueble -hasta que sean desalojados-. La fijación por saber qué es exactamente la vivienda y, más allá, qué es la vivienda habitual tiene su fundamento en que este proceso de desalojo de ocupantes ilegales solo nos habla de viviendas ocupadas, mientras que la nueva LDV, como se ha dicho, afecta de forma importante al desarrollo del proceso si los ocupantes han instalado en el inmueble su vivienda habitual.

Al sujeto ocupado lo despojan de la posesión a la que tiene derecho sobre una vivienda, que para él puede ser o no habitual (podría ser una segunda residencia a la que se acude en momentos puntuales del año o simplemente una vivienda sin más), pero con frecuencia para el ocupante constituirá su vivienda habitual, y saber qué es la vivienda habitual es algo complejo porque el legislador durante

25 https://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_229_I822.PDF (fecha de acceso: 10/12/2025).

26 https://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_245_I983.PDF (fecha de acceso: 10/12/2025).

27 El paso a paso del proceso legislativo en su totalidad puede comprobarse en <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=12&id1=624&id2=000009#> (fecha de acceso: 10/12/2025).

mucho tiempo no ha dado una definición exacta de “vivienda habitual”. Sí que lo intenta ahora, en la LDV, con el concepto de vivienda: “edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial” (art. 3 a). También aporta una definición de residencia habitual: “la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho”²⁸.

Es difícil que el sujeto ocupante pueda empadronarse en el municipio de que se trate, pues normalmente los Ayuntamientos pedirán algún tipo de documentación que demuestre que se encuentra residiendo en el inmueble con el consentimiento o tolerancia del propietario, por lo que en este caso parece que se debería acreditar por esos otros medios de prueba válidos (básicamente, testificales). Aun así, la mencionada ley sigue sin determinar cuándo se considera un domicilio permanente, para determinar si es vivienda habitual, y la definición tradicional de “residencia habitual” que hace la legislación fiscal²⁹ carece de sentido aplicarla aquí porque es probable que la demanda se interponga incluso cuando el ocupante lleva menos de esos 183 días ocupando la vivienda, fundamentalmente porque en este contexto de protección posesoria, para la legislación procesal y civil, parece que la vivienda habitual tiene una connotación subjetiva que va más allá de una mera presencia física continuada.

En Derecho penal se habla de “morada” para referirse al espacio cerrado en el que un sujeto desarrolla su vida íntima, personal y familiar; resguardado del espacio exterior y de la intromisión de terceros³⁰, estancia en la que se lleva a cabo el libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, también dice la jurisprudencia y lo asume la doctrina penal, que la morada no equivale necesariamente a la vivienda habitual, pues la residencia que constituye morada puede ser o no aquella en la que el sujeto habite normalmente. Se ha de considerar la opinión del Tribunal

28 A colación de estas definiciones cabe destacar que siempre que se habla del asunto se entremezclan los conceptos de residencia, vivienda y domicilio, y se tratan con mucha frecuencia como si fueran lo mismo, lo que no ayuda a la delimitación conceptual. Es más difícil aún cuando es un concepto equívoco y distinto en cada una de las ramas del ordenamiento. Es comprensible que se den estas definiciones en esta ley, ya que por su contexto social y político está pensada para dar respuesta a la problemática del acceso a la vivienda, sin ninguna relación con la protección posesoria.

29 Artículo 9.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio: “1. Se entenderá que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Que permanezca más de 183 días, durante el año natural, en territorio español. Para determinar este periodo de permanencia en territorio español se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país (...)”.

30 Es jurisprudencia reiterada, v.g.: STS 6 noviembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3620) o, STS 17 noviembre 2000 (RJ 2000, 8941).

Constitucional sobre la misma cuestión, quien de forma reiterada establece que “el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar», toda vez que tal domicilio «en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad”³¹.

Estos últimos conceptos, si bien no equivalen de forma absoluta al concepto que se busca de “vivienda habitual”, parece que sí pueden arrojar luz sobre qué es la vivienda habitual cuando se introduce en el ámbito de la protección posesoria. Parece lógico pensar que cuando la legislación procesal y civil mencionan la vivienda habitual (de ocupante o de ocupado) hacen referencia a ese espacio delimitado físicamente en el que una persona desarrolla toda su intimidad y privacidad, en sentido doméstico, con ánimo de desarrollarla de forma permanente o continuada en el tiempo. Así, podríamos concluir que vivienda habitual también puede ser una caravana, en tanto es vivienda en la que una persona habita o mora, pero no podríamos decir que esté incluida dentro del ámbito de protección del art. 250.I. 4.º párrafo segundo, al estar referido a la protección de vivienda inmueble únicamente (tampoco sería considerada como vivienda por la LDV, que hace referencia al “edificio o parte de un edificio” para hablar de vivienda).

La razón de estudiar estos conceptos, como este último referido al de vivienda habitual, parte del hecho de que suelen ser conceptos equívocos y repetidos en procesos que, de forma errónea, son confundidos por los tribunales, como este proceso para el desahucio de ocupantes ilegales o el propio proceso de desahucio por precario, como se expone a continuación.

III. EL PRECARIO.

En un trabajo donde se estudia la protección posesoria y en el que se hace referencia al proceso introducido por la Ley 5/2018, es imprescindible hablar sobre el proceso de desahucio por precario y, más concretamente, sobre la misma institución del *precario*; todo ello con motivo del error en que incurren generalmente los tribunales a la hora de considerar el precario y que, por tanto, afecta al uso que se hace del proceso de desahucio por precario, haciendo equivaler en la práctica jurídica este proceso con el proceso para el desahucio de ocupantes ilegales.

Así, la institución del precario merece un estudio detallado, al no haber un consenso firme sobre su definición, ni por parte de la doctrina científica ni por parte de la jurisprudencia. Precisamente por ello, antes de determinar qué es,

31 STC 283/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 283). Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2001-323.

cuáles son sus características y cómo se ejecuta el desahucio por precario, es necesario realizar un recorrido por sus orígenes, analizando al mismo tiempo la doctrina jurisprudencial.

I. Breve análisis de los antecedentes históricos y su evolución³².

La mayoría de los historiadores coinciden en que el origen del precario podría hallarse en el *ius gentium*. Originariamente no revestía naturaleza jurídica, sino que comenzó siendo una mera situación de hecho, encontrándose el germen de lo que hoy es una institución en las concesiones del *ager publicus*³³ que tenían en su posesión los patronos. En realidad, el precario era una especie de segunda concesión o subconcesión de la posesión, ya que quien cedía al precarista ya era concesionario. Estamos hablando de la cesión de tierras que pertenecían a los señores por concesión del Estado, y estos, a raíz de la extensión de cultivos como los cereales, empezaron a cederlas a plebeyos o campesinos que las explotaban y trabajaban.

El origen del precario hay que entenderlo como una situación que se daba en relaciones verticales, entre un sujeto con poder (social, político o económico) y otro sujeto sometido a ese poder. Es por ello por lo que el precario fue una situación de hecho que con bastante frecuencia se ubicaba en el marco de la clientela romana. La clientela como sistema de influencias en la Antigua Roma, hacía depender a un ciudadano libre -*cliens*- de la protección económica o social que le proporcionaba el *patronus*. Eran relaciones personales en las que, si bien aparentemente ambas partes se veían beneficiadas, existía una clara desigualdad, pues el poder que tenía el patrón era bastante evidente teniendo en cuenta que quienes se veían sometidos eran plebeyos, que buscaban de su patrón sustento y protección social, económica e incluso legal; a cambio, el cliente le debía lealtad, que podía manifestarse en forma de trabajo, pero sobre todo hablamos de lealtad política (votos) y lealtad militar. Entre las dádivas que podía recibir el cliente por la adulación dada y otras actuaciones que permitían al patrón mantener su prestigio, este último podía concederle la posesión de alguna tierra o de parte de ella, para que este pudiera trabajarla o habitarla junto con su familia. Es necesario recalcar que el cliente es un ciudadano libre que, por esta condición, puede poseer, pero que por su supeditación al patrón no se va a producir ninguna vinculación jurídico-obligacional tal y como se conoce hoy en día, conservando siempre el patrón su potestad revocatoria.

32 En esta parte se sigue fundamentalmente a MORENO MOCHOLI, M.: *El precario*, Eunsa, Navarra, 1976; y a D'ORS, E.: *Derecho Privado Romano*, 7ª Ed., Eunsa, Navarra, 1989.

33 El *ager publicus* refiere un terreno donde recaía un *dominium* público y que, por tanto, no pertenecía a ningún particular de forma privada.

El precario fue adquiriendo vida propia y desarrollándose durante muchos años como situación de hecho, sin que pudiera defenderse de forma interdictal. Es por ello que, habiéndose vuelto una figura con relativa importancia, el Derecho pretorio fue el primero que concedió tanto al *precario dans* (concedente) como al *precario accipiens* (precarista) una defensa. La defensa reconocida al *precario dans* radica en la potestad revocatoria que este tiene, permitiéndole reclamar así la posesión cedida al precarista cuando considere, según su voluntad -también podían reclamarla sus herederos-. En cuanto a la naturaleza de este interdicto, si bien ya era discutida desde sus orígenes, es mayoritariamente mantenido que se trata de un interdicto recuperatorio de la posesión (aunque ha de destacarse que, en estos casos, no se trata de un interdicto equiparable al interdicto de retener y recobrar ya que no ha habido una perturbación o despojo propiamente dichos). Por otra parte, es un interdicto cuyo ejercicio procede incluso pasado un año desde el ejercicio de la liberalidad por parte del concedente³⁴, característica que deriva de la propia naturaleza del precario, pues ya desde este momento se entendía que era una situación temporal, si bien con la posibilidad de no establecer una duración determinada. Asimismo, el precarista, en tanto es poseedor, siempre tendría a su disposición los interdictos para defender su posesión de la acción de terceros. Podía ejercitar el interdicto *uti possidetis* cuando un sujeto perturbase esta posesión, y también el interdicto *unde vi* para defender la posesión de quien pretendía despojársela violentamente.

Durante la etapa de Derecho clásico, el precario perdura con fuerza como una situación de hecho, sin considerarse aún un contrato en sentido estricto, y que solo despliega sus efectos (principalmente la potestad revocatoria del concedente) cuando el precarista goza efectivamente de la posesión, y ello bajo el pretexto de que no generaba obligaciones y, además, carecía de acciones -solo se podían ejercitar interdictos-. Más allá, el Derecho clásico no lo incluía dentro de la relación de contratos que contemplaba y, de hecho, había tendencia a distinguirlo del comodato -o no considerarlo como modalidad del mismo- por el carácter contractual de este último. En esta época se van asentando las características originales del precario, que ya se va ordenando formalmente. De hecho, el precario era considerado como una situación particular y diferenciada de otras figuras análogas: con la donación compartía la nota de liberalidad de quien entrega a otro una cosa, destacando como nota esencial del precario que lo cedido (el uso, no como en la donación) necesariamente lo era con carácter temporal consecuencia de la potestad revocatoria que siempre tenía el concedente; con el arrendamiento compartía las notas de cesión de uso y temporalidad en esa cesión -si bien en el precario siendo temporal la duración es indeterminada, pero el arrendamiento, que si se consideraba un contrato, tenía una causa onerosa, existiendo una contraprestación a la cesión de uso temporal.

34 Esto lo diferencia de otros interdictos estrictamente posesorios.

Si bien es cierto que durante esta última etapa el precario adquirió una gran autonomía y desarrollo, en el Derecho postclásico parece observarse cierta decadencia. Sin embargo, más que decadencia podría aducirse que continuó evolucionando de forma distinta, hasta verse plasmado, tal y como se entendía el precario en aquel momento y tal y como había trascendido del Derecho romano, en el Digesto.

El Digesto de Justiniano es, de todas, obra fundamental cuando se habla de la posesión precaria, porque recoge el concepto evolucionado de lo que tradicionalmente viene considerándose precario, y de los elementos esenciales que luego permitirán descartar definiciones equivocadas de lo que actualmente se concibe como precario. En efecto, el Digesto recoge en su libro XLIII, título XXVI y ss. lo que en ese momento se conocía como tal:

D.43.36.1³⁵

“Precario es lo que se concede á ruego del que lo pide, para que use de ello mientras lo permita el que lo concede.

Cuya especie de liberalidad trae su origen en el Derecho de Gentes.

Se distingue de la donación en que el que dona da para no volver á recibirlo; y que el que da en precario da para volverla á recibir cuando quiera que se acabe el precario”.

D.43.26.2

“Dice el Pretor: Lo que tiene de él en precario, ó con dolo malo hiciste para dexar de tenerlo; por lo qual pide que se lo restituyas.

Este interdicto es restitutorio.

Contiene en sí equidad natural, y compete al que quiere revocar el precario. Porque es naturalmente justo que disfrute mi liberalidad por el tiempo que yo quiera; y que yo la pueda revocar quando mude de voluntad: y así quando se dio alguna cosa en precario, no solo podemos usar de este interdicto, sino también de la acción praescriptis verbis, que resulta de la buena fe.

Parece que tiene en precario el que obtuvo la posesión natural ó civil, solo por esta causa, porque lo pidió, y se le concedió la facultad de poseer ó usar”.

35 En este trabajo se sigue la versión de 1872 publicada por los licenciados D. Manuel Gómez Marín y D. Pascual Gil y Gómez, traducida en el siglo anterior por el licenciado D. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca.

En la época medieval, la posesión en sí misma se ve influenciada por las corrientes de Derecho germano y Derecho canónico, y con ello inevitablemente se va a ver influenciado el precario. Es por ello que las referencias que encontramos en el Fuero Juzgo sobre el precario están fuertemente influenciadas por el Derecho canónico, una influencia que se va a mantener incluso hasta la Novísima Recopilación, tratándose el instituto del precario (en este momento, por influencia canónica, también llamada *la precaria*) de forma más incidental.

La época de la codificación española fue fundamental para el resurgimiento del precario original, tal y como viene recogido en el Digesto, pues las nuevas leyes desamortizadoras tuvieron un papel importante en la decadencia de la influencia del Derecho canónico en este sentido. En concreto, el Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813 y la Ley de 9 de abril de 1842, sobre fincas rústicas y propiedad urbana respectivamente, fueron los pilares que más tarde determinaron que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 previese un juicio de desahucio que finalmente fue ampliando su ámbito de aplicación a los supuestos de precario, consecuencia de lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue sentando, con base en lo que consideraba, erróneamente, que era la institución del precario.

2. Las sentencias del Tribunal Supremo: la línea jurisprudencial mantenida durante los siglos XX y XXI.

A) Análisis jurisprudencial de algunas sentencias destacadas.

Se hace necesario un análisis jurisprudencial de algunas de las sentencias más destacadas en materia de posesión precaria que el TS ha ido redactando a lo largo de los años, con la finalidad de comprender el fundamento de la línea marcada por este Tribunal y que hoy día se mantiene, aunque también ha vacilado en determinadas cuestiones, por lo que no deja de ser confusa su interpretación. Por motivos de espacio, sería imposible analizar absolutamente todas las sentencias dictadas en esta materia, pero se ha intentado seleccionar las que se consideran más adecuadas para efectuar el mencionado estudio, tratando de seleccionar aquellas con una casuística variada. Si bien puede parecer que es excesivo remontarse a casi principios del s. XX en este análisis, tiene su relevancia en tanto existen sentencias muy recientes que siguen citando y apoyando sus decisiones en esas otras sentencias mucho más antiguas, lo cual también implica que, en más de un siglo, no ha habido un cambio significativo en la forma de concebir la institución del precario.

La STS 15 de junio 1926³⁶, equipara al precarista con un arrendatario, al aplicar el art. 1571 CC³⁷ (vigente hoy en día) que permite finalizar el arrendamiento

36 STS 15 junio 1926 (ECLI:ES:TS:1926:376).

37 Art. 1571 CC: "El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

vigente en el momento en que se verifica la compra de una finca: "(...) tercero, que esta finca la explota el demandado sin pagar merced ni arrendamiento de ninguna clase al exponente, ni haber celebrado con él estipulación alguna contractual, por cuyo motivo cualquiera que fuese el título, legal o ilegal, al amparo del cual posee y explota este inmueble siempre resultará un precarista frente al demandante, por cuanto es una posesión sin derecho para ello a título gratuito. (...) al carecer D. Julián de título escrito que le autorice a poseerla y no pagar precio de arrendamiento a la parte recurrida, no puede derivarse otro concepto que el de precarista".

En este momento, las palabras del TS generan una gran confusión pues, si bien reconoce que no se trata de un arrendamiento, destacando de forma acertada que el precario existe sin pago de renta alguna, resuelve finalmente equiparando arrendamiento y precario³⁸, aplicando legislación sobre arrendamiento que, desde luego, nada tiene que ver con el precario. Toda la argumentación en este momento se basa en hacer ver que el precario existe cuando se posee sin pagar por ello y no se tiene título (entiéndase título documentado). De nuevo, se confunde la legitimidad en la posesión con el hecho de tener o no título documentado que habilite a ella y en consecuencia se hace un juicio de valor sobre el derecho o no a poseer: es precarista todo aquel que no tenga derecho a poseer.

La STS 5 julio 1945³⁹, es especialmente interesante porque en ella se reconoce que los tribunales ya no conciben el precario como lo que era en Derecho romano -como lo que en realidad es-, que ya no es una concesión graciosa sino una situación posesoria. "Considerando que, como esta Sala tiene declarado en reiteradísimas resoluciones, que han delineado, a través del tiempo, los contornos conceptuales del instituto, el precario no es hoy, como en su inicio, la concesión graciosa y por esencia revocable del uso de una cosa, sino una situación posesoria, a que puede ponerse término mediante un proceso de restitución que arguye, como condición inexcusable para estimar las pretensiones que en él se deduzcan, la falta de un título que justifique el goce, ya porque nunca se haya tenido o bien porque teniendo en un tiempo virtualidad la haya perdido".

Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen".

38 Si bien, más tarde el mismo Tribunal (STS 2294/1934, de 21 de junio de 1934) reconoce que, en realidad, el precario es una modalidad de comodato, pues de la lectura del art. 1750 CC se deduce la referencia al precario cuando dice "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". Otra sentencia también reconocería después, de forma acertada, la diferencia entre arrendatario y precarista y, con ello, la imposibilidad de aplicar las normas del arriendo al precario (STS 143/1949, de 10 de octubre de 1949).

39 STS 5 julio 1945 (ECLI:ES:TS:1945:230).

El Tribunal nada dice sobre qué considera que es una *situación posesoria* aunque, desde luego, parece que hace referencia a que el precario no es más que una situación de hecho -así también lo fue durante largo tiempo para el Derecho romano-, en la que actualmente el poseedor no tiene título documentado alguno y por ello, su posesión es “ilegítima” y no ha de ser consentida. Situación posesoria es aquella en la que, de hecho, un sujeto tiene la tenencia material de un bien, pero nada obsta a que esa situación de hecho en que consiste la posesión de un bien tenga origen contractual, por ejemplo. La posesión del precarista no es distinta, materialmente hablando, de la posesión que tiene el arrendatario, el usufructuario, el mismo propietario, o incluso de la que puede tener un *okupa*; la diferencia estriba en el origen de la situación, y nada impide, ni de hecho ni jurídicamente, que la situación posesoria del precarista tenga su origen en una mera concesión graciosa.

Es difícil dilucidar qué quiere decir, en esencia, el juzgador en esta sentencia, que además se contradice con otras sentencias cuando mantiene que el precario ya no puede ser revocable a voluntad del concedente salvo que efectivamente no exista título⁴⁰ (lo cual es contradictorio con la propia ley ex art. 1750 CC), confundiendo la existencia de título documentado con la posibilidad de que, aun existiendo este título, pueda ser revocado cuando el concedente así lo desee. Parece que lo que el Tribunal intenta decir en ese momento es que el precarista solo tiene *ius possessionis* y no *ius possidendi* (derecho que sí tiene, como se explicará más adelante).

Poco a poco, parece que el TS va perfilando y afinando lo que, a su juicio, es el precario. Así, la STS 30 noviembre 1964⁴¹, mantiene que “la situación de gracia es la esencia del precario”⁴² y que, por ello, precarista es quien usa y disfruta una vivienda sin pagar meced o renta, por gracia del concedente. Pero añade como novedad el Tribunal que, en este caso, la concesión graciosa que hizo en vida el propietario equivale a la posterior tolerancia del heredero en aras a que la situación posesoria se siga llamado precaria. Además, da un paso más y traza una clara línea que diferencia el precario de un derecho real de habitación: “situación de gracia que es la esencia del precario, sin que el pago de las contribuciones y demás impuestos, sobre la finca, por parte de su ocupante, constituya elemento alguno en pro del derecho de habitación, ni del arrendamiento, ya que, por sí solos, no los configuran”⁴³.

40 Sentencias posteriores (como la STS 1371/1958, de 6 de febrero de 1958) confirman que para el TS un precarista es un sujeto que posee “sin título alguno”, línea de pensamiento que se mantiene hoy día y que ha permitido a este tribunal equiparar, por ejemplo, al *okupa* de una vivienda con el precarista.

41 STS 30 noviembre 1964 (ECLI:ES:TS:1964:1229).

42 En contra de lo que el mismo Tribunal había asentado anteriormente.

43 Opinión que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de ideas sentadas sobre el precario, sí parece acertada pues, efectivamente, el precario no constituye ningún derecho real de habitación.

De esta forma, siquiera indirectamente, se deja clara la naturaleza del precario como modalidad del comodato, pues lógicamente el comodatario (y así también el precarista) es el que debe hacerse cargo de los gastos ordinarios y de conservación que son inherentes al uso y disfrute del bien ⁴⁴.

La postura del TS comienza a estar más definida (que no clara) y en la STS 30 octubre 1986⁴⁵, continua manteniendo que precario no es aquello que el Digesto recogía, sino que se trata de una situación de hecho “en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva”. No hay explicación alguna en la referida sentencia que haga comprender por qué se considera que la posesión precaria es abusiva, si acaso puede deducirse que el abuso se encuentra en lo que para el Tribunal es una posesión sin derecho puesto que, para este, el hecho de no tener un título documentado equivale a no tener derecho a la posesión.

La STS 31 diciembre 1992⁴⁶, determina que el precario puede concebirse como precario de origen contractual, modalidad del comodato (un precario más cercano a lo que concebía el Derecho romano), o como un precario que el Supremo denomina “stricto sensu”, siendo este último el que viene concibiendo la jurisprudencia y que abarca los supuestos en que una persona posee sin derecho.

Señala que la concesión y la tolerancia a efectos de determinar si existe posesión precaria vienen a ser lo mismo, lo que parece acertado. Sin embargo, continua con la postura (que hoy día se mantiene) de que bajo el concepto de precario se pueden subsumir situaciones de hecho, como la ocupación material de una vivienda⁴⁷.

Otras sentencias más recientes no aportan una visión más amplia o distinta, ya que se limitan a recoger lo que la jurisprudencia durante el siglo XX había ido sentando poco a poco y de forma poco precisa en distintas sentencias. Por

44 Art. 1743 CC: “el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”.

45 STS 30 octubre 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7653).

46 STS 31 diciembre 1992 (ECLI:ES:TS:1992:18819).

47 “Ocurre, en efecto, que la dicha tolerancia se mueve jurídicamente en esa zona fronteriza hábil e indeterminada tanto doctrinal como jurisprudencialmente, entre comodato sin uso definido y sin pacto sobre el tiempo de duración y precario en su formulación estricta. En efecto distingue la doctrina -y de tal distinción se ha hecho eco la jurisprudencia- el contrato de precario, que aunque diferenciado en el Derecho romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido o tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en éste no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada (art. 1.749 del Código Civil), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, del precario strictu sensu que extiende los casos de precario, fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. La concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho”.

ejemplo, la STS 29 de febrero 2000⁴⁸, recoge de nuevo los caracteres del precario como figura que abarca supuestos donde el demandado no tiene título e incluso vuelve a reproducir la idea de la posesión precaria como una posesión abusiva. La STS 26 de diciembre de 2005⁴⁹, distingue de forma poco clara entre comodato y precario, determinando que solamente se está ante un verdadero precario cuando no hay ninguna relación contractual de la que nazca la situación posesoria; por el contrario, si existe algún contrato, lo lógico será aplicar los efectos previstos para ese tipo de contrato⁵⁰. En definitiva, se ha dicho de muchas maneras por parte de la jurisprudencia, pero la idea que subyace, en cualquier caso, es que para los tribunales el precarista no tiene ningún título en que basarse.

Siguiendo con la idea anterior, la STS 14 febrero 2014⁵¹, apunta que comodato y precario no son la misma figura contractual referida a distinto objeto, sugiriendo que el precario existe solamente como situación de hecho -sin título-, cuando no se puede demostrar que existe un contrato de comodato, tácito o expreso, entre las partes, trazando una clara línea entre lo que se considera comodato y lo que se considera precario, siendo el último una figura residual.

Las sentencias más recientes, se limitan a reproducir el mismo concepto de precario, una tras otra. Por ejemplo, la STS 28 febrero 2017⁵² dice: “una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho”

No introduce ninguna idea novedosa que no hubiera sentado ya el TS sobre la cuestión, y esta misma definición es la que recoge de forma literal, entre otras, la

48 STS 29 febrero 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1612).

49 STS 26 diciembre 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7530).

50 “Cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades:

1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista.

2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el “[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella”, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Por lo tanto, cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario.

51 STS 14 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:626).

52 STS 28 de febrero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:706).

STS 7 julio 2021⁵³. Esta sentencia añade antes de copiar la definición de precario como situación de hecho, de forma contradictoria, que la mayoría de la doctrina⁵⁴ ubica el precario en el ya mencionado art. 1750 CC, por lo que, aunque ya se sabe cuál es la opinión de este Tribunal, no deja claro sobre el papel cuál es exactamente la naturaleza jurídica de esta institución. Incluso llega a decir que el precario existe cuando “sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente”, señalando expresamente el error en que incurre el recurrente cuando alega que precaria solo es la posesión que surge en situaciones de mera tolerancia.

Por último, y por citar algunas de las últimas sentencias, las SSTs 3081/2025 de 1 de julio de 2025, 1327/2025 de 27 de marzo de 2025 o 5986/2024 de 28 de noviembre de 2024,⁵⁵ se limitan a recoger exactamente el mismo concepto jurisprudencial que ya se ha citado sobre esta institución, sin aportar ninguna nueva visión sobre la misma.

B) Toma de posición.

Sorprende que el Tribunal Supremo haya mantenido durante más de un siglo la misma posición sobre el precario y que haya una rigidez tan marcada en cuanto a la línea jurisprudencial que ha adoptado. La realidad es que, si se analizan con el suficiente detenimiento sentencias aleatorias de este Tribunal, se puede apreciar fácilmente que esa postura mantenida está cargada de fuertes contradicciones. En efecto, el Alto Tribunal ha sentado con empeño una posición que no parece tener una base firme, pues en ninguna sentencia se realiza una reflexión o argumentación, siquiera sucinta, de por qué se llega a las conclusiones a las que se llega y, de hecho, incluso parece que se confunden conceptos; no explica el Supremo por qué considera acertada cada una de las características que le ha atribuido al precario, institución a la que acaba vaciando de contenido, dirigiendo el proceso de desahucio por precario a dar solución a situaciones que nada tienen que ver con la posesión precaria, como hace con la ocupación o con los casos de arrendatarios que dejan de pagar la renta debida o que permanecen en la vivienda una vez ha vencido el plazo para ello.

El precario se define como un contrato basado en la concesión *graciosa* que realiza una persona (concedente) en favor de otra (precarista) del uso sobre un determinado bien inmueble, de forma temporal y sin que exista ninguna

⁵³ STS 7 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2711).

⁵⁴ Cuando dice “doctrina” se entiende no la jurisprudencial, sino la doctrina científica, de la que habla como si fuera totalmente ajena o no contribuyera a formar las decisiones de los tribunales, deduciéndose el desacuerdo con la opinión de esta.

⁵⁵ STS 28 noviembre 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5986); STS 1 julio 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3081); STS 27 marzo 2025 (ECLI:ES:TS:2025:1327).

contraprestación por parte de esta última, siendo ese uso revocable en cualquier momento a voluntad del concedente.⁵⁶ Este concepto dado, que es el que se defiende en este trabajo, no es pacífico en la doctrina científica y tampoco es el que usa normalmente la jurisprudencia, como ya se ha estudiado.

La primera polémica gira en torno a su consideración como contrato o no. La mayoría de la doctrina considera que se trata de una situación de hecho, y la jurisprudencia lo define del mismo modo usando frecuentemente la expresión “situación posesoria”. Sin embargo, también la mayoría de la doctrina justifica su existencia a partir del art. 1750 CC, referido al contrato de comodato, e igualmente la jurisprudencia en ocasiones ha recogido esas opiniones en sus sentencias. Esto resulta incongruente, pues no se puede decir que el precario es una mera situación de hecho y, a la vez, justificar su existencia con base en un artículo de aplicación a un contrato, de lo que se deduce que, implícitamente, se está reconociendo como un contrato o modalidad de un contrato ya preexistente.

El precario es, efectivamente, un contrato. Un contrato se define como un acuerdo de voluntades del que nacen determinadas obligaciones o, en general, determinados efectos jurídicos⁵⁷. Desde luego, aquí existen dos voluntades claramente distinguidas: la voluntad de quien concede de forma graciosa y la voluntad de quien acepta esa concesión, porque sin esta aceptación no habría precario alguno. Aunque no es necesario decir que es una especie de comodato para justificar su existencia como contrato (podría ser sencillamente un contrato atípico) las notas fundamentales del precario se dan, de manera fundamental también, en el comodato, por lo que parece aceptable su consideración como modalidad de este último contrato, si bien referido a distinto objeto.

El comodato es definido como un contrato por el que, entregada una cosa no fungible, podrá esta ser usada hasta su devolución. Es un contrato esencialmente gratuito y esencialmente temporal, pactándose normalmente un plazo para su uso⁵⁸, en el que esa “entrega” hace referencia a una “concesión”. El precario es exactamente lo mismo, con dos especificaciones: viene referido a bienes inmuebles y es posible (y, de hecho, lo normal) que, siendo igualmente temporal, no se pacte ese cierto tiempo. También es cierto que, aunque se quiera ver alguna

56 Aunque técnicamente ese uso es un *uso acordado*, es decir, el uso pactado por ambas partes, lo normal es que el inmueble sea una vivienda y se utilice como tal, constituyendo de forma temporal la vivienda habitual del precarista.

57 Es irrelevante, a los efectos del precario, que se entienda como un contrato en el sentido de acto jurídico (no se han buscado las consecuencias jurídicas que dicho acuerdo lleva aparejadas) o como negocio jurídico en sentido estricto (se busca de forma activa con ese acuerdo de voluntades que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas), porque lo que importa es que, efectivamente, se van a producir una serie de consecuencias con efectos en el tráfico jurídico.

58 A ese plazo determinado se refiere el Código como un “cierto tiempo” de uso, ex art. 1740 CC: “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 comodato (...)”.

base legal para el precario en el art. 1750 CC, no es necesaria esta, ya que su licitud no depende de que venga contemplado en la ley expresamente, sino de la propia autonomía de la voluntad, que es de donde nace realmente cualquier contrato; e, igualmente, aunque no pudiera determinarse su existencia por el mencionado artículo, tampoco deja de ser ni de comportarse prácticamente como un comodato⁵⁹.

Al aceptar la idea de que precario y comodato son, en esencia, el mismo contrato aunque referidos a distinto objeto, al precarista le pueden ser de aplicación los mismos preceptos que al comodatario, porque en la práctica, además, se comportan de la misma forma. Sí ha reconocido el Tribunal Supremo⁶⁰ que el precarista, toda vez que habita el inmueble, ha de hacerse cargo de los gastos ordinarios que genera la tenencia de una vivienda (v.g., factura de luz o agua), siendo los gastos extraordinarios de parte del condeciente⁶¹. Huelga decir que es obligación del precarista cuidar y conservar la vivienda con la diligencia de una persona razonable; mientras que el concedente debe respetar al precarista en su tenencia y uso de la vivienda.

Una vez dicho lo anterior, es incomprensible la dicotomía que se impone al hablar del precario, cuando un sector doctrinal mantiene que es un contrato y otro sector doctrinal, incluida la postura del Supremo, mantiene que se trata de una situación fáctica, como si fueran dos cosas absolutamente distintas y excluyentes. El precario tiene su origen en un contrato, y nada obsta a que, efectivamente, de ese contrato nazca una situación posesoria (la posesión precaria en sí misma). Curiosamente, esta contraposición no se plantea con el arrendatario que, al igual que el precarista, tiene la posesión de un inmueble -situación posesoria- como consecuencia del contrato de arrendamiento -origen de la posesión arrendaticia-. Aunque tampoco es comprensible que se hable de “situaciones posesorias” cuando en realidad se quiere hablar de “situaciones de hecho”, pues las situaciones posesorias pueden serlo porque el poseedor tenga derecho a estar en esa tenencia, pero también cuando no lo tiene (que es a lo que se refiere la doctrina y la jurisprudencia cuando hablan de situación de hecho).

El problema de afirmar que es una situación de hecho sin más, es que precisamente quienes defienden esta idea lo hacen porque consideran que el

59 La nota de gratuidad presente en comodato y precario permite distinguir ambos contratos del arrendamiento. Esto tiene suma importancia en el tratamiento del precario, ya que, desde el principio, se aprecia claramente que el precarista nunca ha sido un arrendatario, siquiera, como se explica más adelante, cuando ha dejado de pagar o ha transcurrido el plazo pactado para el arrendamiento.

60 Por ejemplo, en la STS 30 de noviembre de 1964, mencionada anteriormente.

61 Art. 1743 CC: “El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”. Y, por contraposición, art. 1751 CC: “El comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro”.

precarista es un poseedor sin *ius possidendi*; y, a la vez, puesto que consideran que no tiene derecho a poseer reducen la cuestión a una mera situación fáctica⁶². Todo ello es erróneo.

Constantemente la jurisprudencia reduce al precarista a la categoría de poseedor sin derecho, por lo que, para esta, queda justificado que a los ocupantes (u *okupas*) se les dé el mismo tratamiento procesal que a los precaristas, rebajando la posición de estos a la de simples ocupantes sin derecho a permanecer en la vivienda, cuando ni técnicamente ni prácticamente esto es así⁶³. No da en ningún momento la jurisprudencia un argumento lo suficientemente razonable que permita entender por qué considera que la posesión precaria es una posesión sin sustento en ningún derecho; si acaso, liga esta “posesión sin derecho” al hecho de que, a su juicio, tampoco existe título que ampare la referida posesión, y sin título no hay derecho.

Tampoco explica por qué no existe ese título que habilita al precarista a poseer, simplemente se limita a afirmar que no lo tiene, o que lo tuvo en algún momento pero que ha decaído (en realidad esto último lo mantiene por esa equiparación que hace entre arrendatario y precarista). Esta afirmación obliga a repetir la idea que ya se ha sentado anteriormente en este trabajo, y es que se confunde el título en sí mismo con la existencia de un título documentado. El título habilitante para el ejercicio de un derecho también puede ser una declaración de voluntad contractual ¿y qué es un contrato sino un acuerdo entre dos partes que produce efectos jurídicos? El título existe, aunque no esté documentado, y el derecho del precarista se basa en la propia concesión que hace el concedente, que nace de su misma voluntad. El hecho de que el título no quede documentado, desde luego, dará lugar a problemas probatorios, pero desde el punto de vista civil, en puridad, el derecho existe.

De esta manera, el Tribunal Supremo ha creado una línea jurisprudencial plagada de errores conceptuales que llevan constantemente a confusión, y que determinan que, al final, se trate de una cuestión de retroalimentación de ideas que, en puridad, no son acertadas. Como se considera que el precarista no tiene derecho a poseer porque no tiene título, se equiparan las situaciones donde no hay ni ha habido nunca *ius possidendi*; y aquellos sujetos que poseen sin título y por tanto sin derecho, se consideran directamente precaristas. Incluso, con bastante frecuencia, se considera precarista al arrendatario que ha dejado de pagar la renta, ya en el momento en que el propietario le requiere para que abandone

62 Tampoco es que por el hecho de ser una “mera” situación de hecho la cuestión sea menos compleja, o que sea más fácil desahuciar al poseedor de facto.

63 Además, en este punto podría esgrimirse que, si el precarista y el ocupante de una vivienda fueran la misma cosa, al precarista se le podría desahuciar a través del proceso previsto en la Ley 5/2018, proceso que no puede plantearse, por motivos lógicos, ante un precarista.

la vivienda. Ni siquiera en estos casos el arrendatario se encuentra en la misma situación que un precarista, pues no existe ni ha existido en ningún momento tolerancia alguna por parte del propietario en la permanencia de arrendatario en la vivienda desde el momento en que vence su contrato o deja de pagar, y esa “concesión” o “tolerancia” es fundamental para que a un sujeto se le pueda considerar precarista.

El arrendatario que ha dejado de pagar ya no tiene *ius possidendi* y no tiene derecho a permanecer en la vivienda. Pero cuando se equipara al arrendatario que ya no satisface su renta con el precarista, que no tiene que satisfacer desde el origen ninguna renta, en el fondo, la idea que subyace es que el precarista es siempre una persona sin derecho a poseer o, como comúnmente se dice, un “poseedor ilegítimo”. Y ese es precisamente el problema, que los tribunales consideran que el precarista es un “poseedor ilegítimo”, equiparando al poseedor precario con el poseedor que no tiene derecho a poseer, y confundiendo de nuevo términos, pues como se ha apuntado antes, todos los poseedores están protegidos y por ello, son todos legítimos, lo que importa es que sean poseedores materiales. El precarista no es menos poseedor que cualquier otro, y aun más, posee con *ius possidendi*, pues existe un acuerdo entre este y su concedente que da derecho a esa posesión.

A colación de esto último, otra cuestión que se plantea cuando se habla del precario es la equiparación de la “concesión” y la “tolerancia” como si fuesen cosas distintas. Se puede llegar a equiparar la concesión con la tolerancia en tanto en cuanto no hay obligación legal de recoger formalmente la constitución de esta situación de precario y no hay que respetar ninguna formalidad, por lo que, si se quiere hacer algún tipo de distinción, la concesión haría referencia a la entrega de forma expresa y la tolerancia a la entrega o permiso de permanecer en la vivienda de forma tácita, como una situación que se mantiene en el tiempo con el consentimiento del propietario. Sin embargo, que sean equiparables ambos conceptos cuando se habla de precario, en ningún caso puede justificar la extensión de esta institución hacia otras situaciones que nada tienen que ver.

La jurisprudencia mantiene ese concepto amplio de precario y buena parte de la doctrina lo asume. De esta forma, el precario queda desvirtuado absolutamente, porque si el precarista también puede ser una persona sin título o con un título totalmente ineficaz, entonces no hay precario. Existen bastantes estudios que hablan del precario o, más bien, que lo mencionan y lo tratan de forma casi accidental, pues la mayoría de esos estudios lo son desde el punto de vista del proceso de desahucio por precario, donde se discuten cuestiones que, en realidad, no se hacen desde un punto de vista puramente civil. Cuando se habla del precario en el contexto de un estudio procesal, no se entra a reflexionar en profundidad

sobre su naturaleza, y los autores terminan utilizando el concepto comúnmente aceptado, que no necesariamente adecuado.

No es necesario citar todos y cada uno de los estudios en que se asume un concepto erróneo del precario, tampoco de aquellos que reconocen que el concepto actual es una creación jurisprudencial que se aleja del concepto original, pero que a la vez deciden simplemente integrarlo en sus estudios. Al contrario, lo meritorio sería citar estudios en que se cuestione el mencionado concepto, pues estos no abundan. La consecuencia de usar un concepto difuso y equivocado del precario, es que también condiciona la forma en que se concibe y, por tanto, se usa, el proceso de desahucio por precario.

3. Algunas consideraciones sobre el proceso de desahucio por precario.

El proceso de desahucio por precario viene regulado en el artículo 250.1.2.º LEC, en el que se decide que se ventilarán por el cauce del juicio verbal las demandas que “pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”. Si bien es cierto que el cauce para su desarrollo es el juicio verbal, al estar excluido de los casos especiales que determinan la ausencia de cosa juzgada -art. 447 LEC-, se concibe como un proceso plenario.

Acierta el legislador de la nueva LEC al concebir este proceso como plenario, pues es indudable que, aunque se parta de lo anteriormente establecido y se considere al precario en su concepto original, no deja de ser una situación compleja, que sería imposible ventilar a través de un proceso sumario en el que se limiten las alegaciones o las pruebas, teniendo en cuenta que la mayoría de las veces el precarista va a ser una persona cuyo título, si bien legítimo, no se encuentra documentado⁶⁴.

Dicho lo anterior, cabe destacar que la LEC no parece asumir el concepto de precario dado por la jurisprudencia cuando al regular este proceso utiliza una expresión reveladora de lo que el legislador parece considerar como precario: *cedida en precario*. Esto resulta relevante por cuanto el uso del verbo “ceder” excluye toda posibilidad de que el proceso fuera concebido para ser usado en situaciones satélite al precario, pero que no son precario por no haberse dado esa posesión desde la cesión⁶⁵; estamos hablando de los supuestos en que un sujeto

64 El legislador quiso tomar posición sobre el desahucio por precario en la Exposición de Motivos de la actual LEC sentando un argumento que, a juicio de este trabajo, se considera acertado: “la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad”.

65 Entiéndase, que la cesión hace referencia a un acto voluntario y gratuito que da lugar a la posesión.

accede materialmente al interior de una vivienda (la ocupa), y de los supuestos en que el inquilino deja de pagar su renta o cuyo título decae por expirar el plazo.

De hecho, la situación no deja de ser curiosa por cuanto la formulación legal del proceso de desahucio por precario excluye su aplicación al desahucio de ocupantes ilegales y otros; y, en el mismo sentido, la formulación legal del proceso para desahuciar *okupas* de la Ley 5/2018, excluye del todo y de forma explícita su aplicación al desahucio de precaristas. Y esto, de forma prácticamente involuntaria, pues cada norma fue elaborada por un legislador distinto en el tiempo. Al contrario, es una exclusión que ha surgido de forma natural, aunque necesaria, porque la realidad demuestra claras diferencias entre *okupas* y precaristas, y acaba imponiéndose como algo obligado un tratamiento procesal distinto para cada uno de estos sujetos.

Sin embargo, también es merecedor de atención el hecho de que la redacción de la antigua LEC de 1881 sobre el proceso de desahucio por precario haya podido contribuir a la confusión jurisprudencial y doctrinal sobre el concepto de precario, pues en la mencionada norma el juicio de desahucio por precario se configuraba, en el artículo 1565.3º de la siguiente forma:

“Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda:

3.º 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”.

Así, la redacción de este precepto, unida a la falta de conciencia sobre lo que es verdaderamente el precario, invitan a pensar que precarista es todo aquel que no pague renta, y a la inversa, que todo aquel que no pague renta es precarista. De esta forma lo han venido interpretando los tribunales tradicionalmente y así era la interpretación que se hacía de este precepto, ampliando el ámbito de aplicación de este proceso a supuestos fuera de la posesión precaria. Una confusión que a día de hoy se mantiene, por más que la nueva LEC parezca dejar claro, a partir de su redacción, cuál es el ámbito de aplicación correcto de este proceso.

A pesar de que el legislador ya toma posición sobre la consideración que tiene de lo que es, efectivamente, el precario, de la lectura de los distintos estudios se aprecia que ese concepto erróneo que la doctrina ha asumido empaña del todo la finalidad de este proceso, que se usa de forma equivocada. Así, por ejemplo, se considera que el proceso de desahucio es idóneo para desalojar al poseedor *ilegítimo*, que no tiene título o cuyo título es ineficaz por el motivo que sea, cuando ya se ha argumentado que el precarista es poseedor no solo legítimo, como cualquier poseedor, sino dotado de *ius possidendi*. No existe en

nuestro ordenamiento una multiplicidad de procesos para una misma situación, al menos nunca ha sido la intención del legislador⁶⁶; sin embargo, la práctica jurídica demuestra que estos procesos, y muy especialmente, el proceso de desahucio por precario, se utilizan indistintamente por una cuestión de “estrategia” procesal. Aunque, en realidad, no existe ninguna estrategia en utilizar un proceso plenario, que acabará dilatándose más en el tiempo, para situaciones que bien se pueden resolver por los cauces de procesos sumarios. En el fondo, si fuera cuestión de estrategia, con fines dilatorios también se podría alegar una excepción procesal de inadecuación de procedimiento⁶⁷ por quien es demandado en este proceso, al no existir tal precario. No se ha estimado hasta ahora ninguna excepción procesal en este sentido puesto que el concepto de precario ha quedado absolutamente desnaturalizado, y no se estimaría ya que los tribunales vienen aceptando que este proceso se dirija equivocadamente contra todos los sujetos que poseen sin título⁶⁸.

El fundamento que permite, técnicamente, alegar esta excepción, se encuentra en el hecho de que, en ningún caso, este proceso constituye el cauce legalmente previsto para el desahucio de cualquier otro sujeto que no sea, efectivamente, precarista. En coherencia con la ley, los tribunales no tienen ninguna base sólida para rechazar esta excepción, salvo su propio criterio.

De hecho, es relativamente sencillo concluir que no constituye cauce específico, pues en este punto hay que volver a recordar los términos utilizados por la actual LEC cuando mantiene que el proceso del art. 250.1.2.º es el procedimiento legalmente previsto para la recuperación de la finca *cedida en precario*. Más allá de la literalidad de las palabras usadas por el legislador, que ya dejan claro el ámbito de aplicación del proceso, si acudimos a las normas de interpretación del Código Civil⁶⁹ podremos deducir que, atendiendo al contexto social e histórico-legislativo, no existe base firme alguna sobre la que argumentar que pueda aplicarse a situaciones fuera de la posesión precaria, pues nuestro ordenamiento ya contempla diversos procesos específicos para cada situación posesoria y así lo ha hecho tradicionalmente, llegando incluso a admitir en la exposición de motivos de la Ley 5/2018 que los cauces previstos para la recuperación de la posesión no resultaban suficientes para satisfacer el desahucio de los ocupantes ilegales y, por

66 De hecho, como ya se ha visto anteriormente, el legislador reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2018, que el proceso de desahucio por precario dista de ser el idóneo para el desahucio de los ocupantes desconocidos, es decir, del desahucio de los *okupas*.

67 Artículos 416 y 423 LEC.

68 Sí se ha apreciado esta inadecuación de procedimiento en los supuestos en que el desahucio por precario se ha dirigido contra el ejecutado hipotecario, para proceder a su lanzamiento. Supuestos en los que el Tribunal Supremo, con buen criterio, ha mantenido que el adjudicatario de una vivienda hipotecada no puede hacer uso de este procedimiento para desahuciar al deudor ejecutado (*vid.* por ejemplo, STS 7 septiembre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3610)).

69 Según las cuales: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (artículo 3).

tanto, acabar con la llamada *ocupación*, cada vez más acusada y que a día de hoy constituye uno de los tantos problemas existentes con la vivienda y el acceso a la misma.

En realidad, no hay estrategia ninguna detrás que fundamente el uso de este proceso, simplemente desconocimiento sobre el precario; si acaso, el único motivo de peso para que un letrado decida proceder conforme al 250.1.2.º es evitar el plazo de un año para el ejercicio de la acción que sí se impone en los juicios sumarios.

La consecuencia de este desorden de ideas determina que el proceso de desahucio por precario sea, incomprensiblemente, uno de los favoritos a la hora de accionar judicialmente para proceder al lanzamiento de prácticamente cualquier persona, incluso cuando se ha demostrado que este proceso no es el idóneo para la mayoría de supuestos que intentan solventarse con él, quedando vacío de contenido. Finalmente, la problemática de la ocupación ilegal se intenta encauzar judicialmente por la vía del artículo 250.1.2º, y no por el 250.1.4º, inutilizando un procedimiento del que es imposible saber con certeza cuál hubiese sido la tasa de éxito real, pues los datos de que se disponen no reflejan realmente la utilidad o no del mismo, en tanto que se ha venido haciendo uso del proceso para el desahucio por precario, que no solo es inespecífico sino que además es, esencialmente, incompatible con la ocupación ilegal.

Exponer con anterioridad a esta parte la doctrina jurisprudencial permite ahora comprender fácilmente por qué el proceso para el desahucio por precario se utiliza mal. Mientras la jurisprudencia siga considerando que la posesión precaria es ilegítima o que no está fundada el título alguno, en coherencia con su línea argumental abrirá la puerta del desahucio por precario a otros supuestos de hecho, ya comentados⁷⁰.

Lo más destacable del proceso de desahucio por precario, como ya se ha mencionado, es su carácter de plenario. Este hecho encierra una cuestión más profunda que puede pasar desapercibida, y es que en todo momento lo que se está juzgando es el derecho del demandado a permanecer en su posesión precaria. Naturalmente, los procesos de desahucio por precario son procesos con dificultades probatorias, pero siempre que lo que se juzga es el derecho que tiene una de las partes, solo por mera seguridad jurídica, el proceso ha de desarrollarse con toda posibilidad de alegación y prueba.

70 El único requisito acertado y plenamente aceptado es en cuanto a la legitimación activa: sí parece adecuado que sean personas con derecho a poseer -dueños, usufructuarios y otros- las que puedan solicitar la recuperación del inmueble cedido en precario, pues son las únicas que, efectivamente, pueden ceder en precario, pues un sujeto no puede ceder lo que no tiene, por lo que si alguien no tiene *ius possidendi* tampoco puede cederlo.

Como curiosidad, y para destacar el embrollo que rodea a esta institución, un buen ejemplo de supuesto en que se confunde la naturaleza jurídica del precario lo encontramos en las atribuciones de uso de viviendas familiares. El único precario es el precario que algunos llaman “contractual” y que nace de una efectiva cesión del inmueble, cesión que se da en los supuestos en que un progenitor cede una vivienda de su propiedad a un hijo para que la disfrute gratuitamente como vivienda familiar junto con su cónyuge, pareja y/o descendencia. Asimismo, tampoco es necesario que se concrete cuál será exactamente el uso que se le va a dar al inmueble cedido en estos casos, ya que se presupone.

El problema en este sentido es determinar qué sucede en los casos de separación o divorcio, en los que esta vivienda ya se ha constituido como vivienda familiar y con ello, le es de aplicación la regulación pertinente en materia de Derecho de familia. Es frecuente que en convenio regulador las partes pacten la atribución del uso de la vivienda familiar. En otras ocasiones, será el juez el que, mediante sentencia, determine a quién se atribuye el uso (y solo el uso) de dicha vivienda. En estos casos, el problema estriba en cómo desahuciar (si es que se puede) al excónyuge no descendiente a quien se le ha atribuido el uso de esa vivienda.

Normalmente, al ser tratado este asunto, una de las cuestiones más polémicas y en las que se suelen centrar estos estudios es en el hecho de si esa atribución es, en esencia, un comodato o un precario. Cuestión esta que, siguiendo la línea de este trabajo y en consonancia con lo anteriormente explicado, está bastante clara: se trata de un precario. De hecho, es el paradigma de la posesión precaria, pues en la actualidad es frecuente encontrar estos supuestos en los que al hijo se le permite vivir en una vivienda propiedad de los progenitores de manera temporal pero indefinida, pues no se pone plazo a esa estancia, y tampoco se concreta el uso que se le va a dar porque se desprende del propio contexto de la cesión.

Aun así, como ya se ha dicho, el precario no es sino una modalidad específica del comodato o, dicho de otra manera, un comodato referido al uso temporal de bienes inmuebles como vivienda. El precario es un comodato, si bien tan especial, que adquiere vida como una institución por sí misma, a la que se le aplica la normativa general del comodato, pero que goza de un campo propio e incluso mucho más complejo que el comodato original.

4. Sentencias de las Audiencias Provinciales sobre el uso del desahucio por precario.

Con la finalidad de destacar la premisa de la que se parte en este trabajo, se han seleccionado algunas sentencias (a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2018) en las que se recogen los argumentos básicos que utilizan los tribunales

para justificar el mal uso dado al proceso de desahucio por precario, y que demuestran su prevalencia frente al proceso para el desalojo inmediato de los ocupantes ilegales.

En concreto, existe una sentencia bastante curiosa, la SAP Tarragona 7 marzo 2024⁷¹, que argumenta que el procedimiento de desahucio por precario es adecuado porque la Ley 5/2018 “no modifica ni una sola coma del art. 250.I.2 de la LEC”. A lo que habría que añadir que, efectivamente, no lo hace, porque su finalidad no es la de modificar ningún procedimiento ya existente, sino la de crear un proceso específico para los casos de ocupación, intentando responder -aunque de forma fallida- al fenómeno de la okupación. Continúa en su argumentación diciendo manteniendo lo siguiente: “esto lo hace un legislador que, aunque en la exposición de motivos de la nueva ley afirma que este procedimiento (el de desahucio por precario) no es el adecuado para tratar los casos de ocupación ilegal de inmuebles (...), el legislador no ha promulgado ninguna reforma legal que nos impida mantener una concepción amplia del alcance objetivo del procedimiento”.

Dicho posicionamiento viene a colación de la consideración que hace esta Audiencia de que las exposiciones de motivos no tienen valor normativo, solo interpretativo. Ciertamente, las exposiciones de motivos no tienen valor normativo, pero sí son fundamentales para conocer la intención del legislador, entender el contexto de la norma e interpretar correctamente la misma; no obliga, pero sí deja claro que existe un procedimiento -el de desahucio por precario- que falla a la hora de responder ante la lacra que supone la ocupación ilegal de inmuebles. La contravención de la norma ocurre en el momento en que se elige un procedimiento para hacer frente a una situación que queda excluida de los supuestos de hecho cubiertos por dicho proceso⁷².

En cualquier caso, este último argumento dado por la Audiencia sobre la imperatividad o no de una exposición de motivos resulta falaz, porque lo que hace es desviar el fondo de la cuestión: la argumentación dada por los tribunales debería girar en torno al por qué resulta adecuado, en su opinión, el uso del desahucio por precario. Más allá, deberían primero fundamentar por qué amplían sobremanera el ámbito objetivo de la institución del precario.

Siguiendo una lógica argumentativa, no sirve lo expuesto en esta sentencia como contraargumento coherente a la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por la parte, pues del tenor literal del art. 250.I. 2º y 250.I. 4º, párr. segundo de la LEC, no se puede deducir otra cosa que no sea que,

71 SAP de Tarragona 7 marzo 2024 (ECLI:ES:APT:2024:347).

72 Pretende esta sentencia, incluso, dejar claro que no son importantes los términos usados por el legislador y que la expresión “cedida” no tiene la importancia necesaria para desvirtuar la concepción amplia del precario impuesta por la reiterada jurisprudencia del TS.

efectivamente, el legislador es plenamente consciente de los términos utilizados y del uso que pretende dar a ambos procesos, no siendo ni siquiera necesario leer la exposición de motivos de la Ley 5/2018 para comprender este hecho (aunque tiene un innegable valor interpretativo).

La cuestión, en fin, no es que se pretenda poner fin al procedimiento de desahucio por precario por parte del legislador, sino poner de manifiesto el error en que incurren los tribunales al confundir la ocupación ilegal con los supuestos de posesión precaria.

Otra sentencia, la SAP Barcelona 18 de diciembre de 2019⁷³, conoce de un supuesto de hecho en el que se trata de desahuciar a los “ignorados ocupantes” (supuesto de ocupación ilegal paradigmático). El letrado del demandado alegó que “el dueño no ha cedido en precario ni de ninguna otra forma ha autorizado (...)”. Básicamente, alega inadecuación de procedimiento basándose en la concepción tradicional del precario, la única concepción acertada según lo expuesto en este trabajo, para conseguir la desestimación de la demanda, manteniendo que el cauce adecuado para el desahucio de los ignorados ocupantes es el previsto por el art. 250.I.4º LEC.

Sin embargo, la Audiencia argumenta que “no existe ninguna inadecuación de procedimiento en las presentes actuaciones atendiendo que la normativa procesal aplicable al caso, es la adecuada para la tramitación de la acción de desahucio, según la concepción amplia del precario que sostiene reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

Con independencia de la tesis sostenida en este trabajo, no se puede sostener al mismo tiempo que el procedimiento es adecuado porque así lo dice la normativa procesal vigente y porque así también lo dice el Tribunal Supremo. Primero, porque no es tal cosa lo que se mantiene en la legislación procesal aplicable al caso (como ya se ha expuesto, los supuestos de hecho de ambos procedimientos son excluyentes entre sí); en segundo lugar, porque la interpretación del Tribunal Supremo, que aprueba el uso inadecuado de estos procedimientos, de alguna forma está contraviniendo el tenor literal del legislador, que resulta bastante claro en sus palabras empleadas, tanto en la Ley 5/2018 como en la propia LEC. Asumir que el procedimiento es inadecuado por la reiterada y consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el precario, implica en última instancia, reconocer que el Supremo se ha convertido en un legislador de hecho en esta cuestión.

Existen algunas sentencias -pocas- en las que se reconoce que, ante ocupaciones ilegales, el proceso de desahucio por precario es inadecuado, como la SAP Málaga

73 SAP de Barcelona 18 diciembre 2019 (ECLI: ES:APB:2019:15582).

2 diciembre 2021⁷⁴, en la que se mantiene como argumento principal que la nueva Ley 5/2018 había llegado para cambiar el panorama en relación con los desahucios de ocupaciones ilegales, basándose en la exposición de motivos de dicha Ley y afirmando que, en efecto, una ocupación ilegal no puede ser considerada posesión precaria, al no existir tolerancia ni vínculo previo entre las partes. Sin embargo, no ha sido esta la regla general, pues el Tribunal Supremo ha dejado muy clara la idoneidad del proceso de desahucio por precario ante las ocupaciones ilegales y así, las Audiencias Provinciales actúan en consecuencia con la línea sentada por aquel.

Por eso lo más habitual es encontrar sentencias como la SAP Barcelona 19 diciembre 2023⁷⁵, que a su vez citan jurisprudencia del TS para rechazar la inadecuación de procedimiento planteada por la parte demandada. De nuevo, un argumento repetido es el que destaca que la exposición de motivos no tiene carácter normativo, argumento poco convincente ya que no es necesario consultar la exposición de motivos sino la misma ley para comprender el planteamiento de la mencionada excepción. Y aun así, si algún letrado intenta hacer valer una pretensión con cargo a norma de forma equivocada o pretende hacer valer como norma algo que no tiene tal valor, los jueces tienen la obligación de resolver conforme al tenor literal de la ley, aplicando la normativa correcta, aunque las partes no la hayan alegado, siempre y cuando no modifique la causa de pedir (art. 218.1 párr. segundo LEC)⁷⁶.

La cantidad de sentencias que se podrían citar y que comparten exactamente los mismos argumentos es ingente, pero por citar algunas más, por ejemplo: SAP Les Illes Balears, 2 mayo 2022; SAP Toledo 17 septiembre 2025; SAP Cádiz 2 febrero 2023; así como la SAP Málaga 14 febrero 2025⁷⁷.

IV. CONCLUSIONES.

Una vez sentado lo anterior, las ideas principales que se han seguido en este trabajo, que han sido explicadas y que se pretende que sean las fundamentales cuando se trata sobre la protección de la posesión, son de forma resumida las que se exponen a continuación.

PRIMERA. Con independencia de las teorías que puedan sostenerse sobre la naturaleza jurídica de la posesión, a todos y cada uno de los poseedores, con

74 SAP de Málaga 2 diciembre 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:5095).

75 SAP de Barcelona 19 diciembre 2023 (ECLI: ES:APB:2023:14154).

76 “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes” (art. 218.1 párr. segundo).

77 SAP Les Illes Balears 2 mayo 2022 (ECLI: ES:APIB:2022:1222); SAP Toledo 17 septiembre 2025 (ECLI: ES:APTO:2025:734); SAP Cádiz 2 febrero 2023 (ECLI: ES:APCA:2023:1349); SAP Málaga 14 febrero 2025 (ECLI: ES:APMA:2025:940).

derecho a poseer o sin derecho a poseer, se les protege por el ordenamiento jurídico a través de distintos procesos judiciales, la mayoría de ellos sumarios.

Siendo así que todos los poseedores quedan protegidos en el mero hecho de su posesión material, es evidente que todos los poseedores son legítimos por imperativo del propio Código Civil, en el seno de la protección posesoria. Ello con independencia de las connotaciones subjetivas que puedan añadirse a dicha posesión (de buena fe o de mala fe) o a la forma en que se ha adquirido la misma.

SEGUNDA. La base de cualquier proceso para la protección posesoria se encuentra en ese concepto de poseedor legítimo, por lo que el error en lo que se considera *poseedor legítimo* impide articular de forma adecuada los procesos para la protección de la posesión, llegando a confundirse los unos con los otros. Es lo que ocurre, fundamentalmente, entre el proceso para la recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente y el proceso de desahucio por precario, que se utilizan de forma equivalente bajo el pretexto de que con ambos se pretende conseguir el desahucio de quien posee ilegítimamente, sin tener en cuenta que lo que distingue ambos procesos son las situaciones que dan lugar a la posesión cuestionada, no la *ilegitimidad* en la posesión, pues si se considera que ambos procesos tienen el mismo objeto -el desahucio de un poseedor ilegítimo- desde luego serán usados indistintamente.

TERCERA. El proceso de desahucio por precario se utiliza, en contra de lo dispuesto legalmente, para dar solución a situaciones de hecho que no tienen cabida en su objeto, lo que sin duda es consecuencia necesaria de un concepto equívoco de precario -y, por ello, de posesión precaria-, fundamentalmente motivado por un criterio jurisprudencial sin una base lo suficientemente firme y plagada de errores conceptuales.

CUARTA. El excesivo e innecesario uso dado al proceso de desahucio para todas aquellas situaciones para las que no está previsto, supone una de las causas del fracaso del proceso para la recuperación de la vivienda ilegalmente ocupada, inutilizando el artículo 250.I.4.º párrafo primero, pues a día de hoy, e incomprensiblemente, a las situaciones de ocupación ilegal se les trata de dar solución por el cauce del desahucio por precario.

QUINTA. Cabe la posibilidad de plantear una excepción por inadecuación de procedimiento en aquellos supuestos en que se inste este proceso para el desahucio de todo aquel que, en puridad, no sea precarista. La ampliación del objeto de este proceso no tiene ningún fundamento legal, siendo el único criterio el marcado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, desnaturalizando así el verdadero precario.

BIBLIOGRAFÍA

ARIZA COLMENAREJO, M. J.: "Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas", *Diario La Ley*, núm. 9245, 2018.

ARNAU MOYA, F.: "Luces y sombras de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda", *Revista jurídica valenciana*, núm. 42, 2023.

BASTANTE GRANELL, V.: "Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos «ocupa» y «ocupado»", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 47, 2018.

D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, 7.^a ed., Eunsa, Pamplona, 1989.

LACRUZ, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y propiedad*, 3.^o ed., Bosch, Barcelona, 1991.

LA FUENTE TORRALBA, A. J.: "El *labyrinthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia", *Revista de Derecho aragonés*, núm. 26-27, 2020-2021.

MORENO MOCHOLÍ, M.: *El precario*, Eunsa, Navarra, 1976.