

El ámbito del desahucio por precario y de los procesos de tutela sumaria de la posesión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

Raquel Blázquez Martín

Magistrada de la Audiencia Provincial de Asturias

Diario LA LEY, Nº 10275, Sección Dossier, 26 de Abril de 2023, LA LEY

ÍNDICE

[El ámbito del desahucio por precario y de los procesos de tutela sumaria de la posesión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo](#)

[I. Algunas novedades en el ámbito del desahucio por precario](#)

[1. El punto de partida: la definición y los requerimientos del desahucio por precario](#)

[A\) El concepto de precario](#)

[B\) El precario no está limitado a los casos de previa concesión graciosa o de mera tolerancia](#)

[C\) Presupuestos procesales del juicio de desahucio por precario y carga de la prueba](#)

[D\) El desahucio por precario como juicio plenario](#)

[2. Un recordatorio imprescindible: la identificación de las sucesivas normas de protección de los deudores hipotecarios y su ámbito de aplicación temporal](#)

[3. Precario versus ejecución hipotecaria](#)

[A\) La naturaleza del derecho a mantener la ocupación de la vivienda durante el período de suspensión](#)

[B\) Los efectos de la vulnerabilidad de los ocupantes frente al acreedor adjudicatario o a quien haya actuado por su cuenta, y frente al adjudicatario posterior al RDL 6/2020](#)

[C\) Los efectos frente a los terceros de buena fe](#)

[4. Un apunte sobre la legitimación pasiva y el litisconsorcio pasivo necesario](#)

[II. La tutela sumaria de la posesión](#)

[1. El sentido de la tutela sumaria de la posesión, objeto de las antiguas acciones interdictales](#)

[2. La acción sumaria de suspensión de obra nueva del art. 250.1.5º](#)

[3. La obra nueva como elemento configurador del ámbito de la acción](#)

[A\) El concepto de obra nueva](#)

[B\) Diferencia con la tutela sumaria frente a la perturbación o el despojo](#)

[C\) Diferencia con la obra ruinosas](#)

[D\) El carácter excluyente de la tutela sumaria frente a la obra nueva](#)

[E\) La tutela posesoria en el régimen de propiedad horizontal](#)

Normativa comentada

L 5/2018, de 11 Jun. (modificación de la L 1/2000, de 7 Ene., de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas)

Ley 25/2015 de 28 Jul. (mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social)

L 4/2013 de 4 Jun. (medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas)

L 1/2013, de 14 May. (medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social)

CAPÍTULO I. Suspensión de los lanzamientos

Artículo 2. Acreditación.

L 1/2000 de 7 Ene. (Enjuiciamiento Civil)

LIBRO I. De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles

TÍTULO II. De la jurisdicción y de la competencia

CAPÍTULO I. De la jurisdicción de los tribunales civiles y las cuestiones prejudiciales

SECCIÓN 2.^a. DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES
 Artículo 43. *Prejudicialidad civil.*

CAPÍTULO II. De las reglas para determinar la competencia

SECCIÓN 3.^a. DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL
 Artículo 61. *Competencia funcional por conexión.*

TÍTULO V. De las actuaciones judiciales

CAPÍTULO V. De los actos de comunicación judicial
 Artículo 166. *Nulidad y subsanación de los actos de comunicación.*

LIBRO II. De los procesos declarativos

TÍTULO I. De las disposiciones comunes a los procesos declarativos

CAPÍTULO I. De las reglas para determinar el proceso correspondiente
 Artículo 249. *Ámbito del juicio ordinario.*
 Artículo 250. *Ámbito del juicio verbal.*

TÍTULO II. Del juicio ordinario

CAPÍTULO I. De las alegaciones iniciales

SECCIÓN 1.^a. DE LA DEMANDA Y SU OBJETO
 Artículo 399. *La demanda y su contenido.*

TÍTULO III. Del juicio verbal
 Artículo 437. *Forma de la demanda. Acumulación objetiva y subjetiva de acciones.*
 Artículo 447. *Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales.*

LIBRO III. De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares

TÍTULO III. De la ejecución disposiciones generales

CAPÍTULO II. Del tribunal competente
 Artículo 545. *Tribunal competente. Forma de las resoluciones en la ejecución forzosa.*

TÍTULO IV. De la ejecución dineraria

CAPÍTULO IV. Del procedimiento de apremio

SECCIÓN 6.^a. DE LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES
 Artículo 675. *Posesión judicial y ocupantes del inmueble.*

L 29/1994 de 24 Nov. (*arrendamientos urbanos*)

TÍTULO II. De los arrendamientos de vivienda

CAPÍTULO II. DE LA DURACIÓN DEL CONTRATO
 Artículo 12. *Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario.*
 Artículo 13. *Resolución del derecho del arrendador.*

RD-ley 6/2020 de 10 Mar. (*adopta determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública*)

RDL 7/2019 de 1 Mar. (*medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*)

RDL 5/2017, de 17 Mar. (*modificación del RDL 6/2012, de 9 Mar., protección de deudores hipotecarios sin recursos y L 1/2013, de 14 May., protección deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*)

RDL 1/2015 de 27 Feb. (*mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*)

TÍTULO I. Medidas urgentes para la reducción de la carga financiera
 Artículo 3. *Modificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.*

RDL 6/2012 de 9 Mar. (*medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*)

RD 24 Jul. 1889 (*Código Civil*)

LIBRO SEGUNDO. DE LOS ANIMALES, DE LOS BIENES, DE LA PROPIEDAD Y DE SUS MODIFICACIONES

TÍTULO V. De la posesión

CAPÍTULO II. DE LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

Artículo 441

CAPÍTULO III. DE LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN

Artículo 446

LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO X. Del préstamo

CAPÍTULO PRIMERO. DEL COMODATO

SECCIÓN TERCERA. De las obligaciones del comodante

Artículo 1750

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 16/2023, 16 Ene. 2023 (Rec. 3446/2022)
TS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, S 771/2022, 10 Nov. 2022 (Rec. 7265/2021)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 605/2022, 16 Sep. 2022 (Rec. 3087/2020)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 149/2022, 28 Feb. 2022 (Rec. 168/2019)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 783/2021, 15 Nov. 2021 (Rec. 2284/2021)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 719/2021, 25 Oct. 2021 (Rec. 741/2021)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 502/2021, 7 Jul. 2021 (Rec. 677/2020)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 379/2021, 1 Jun. 2021 (Rec. 3970/2018)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 212/2021, 19 Abr. 2021 (Rec. 6039/2018)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 109/2021, 1 Mar. 2021 (Rec. 1105/2020)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 691/2020, 21 Dic. 2020 (Rec. 962/2020)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 577/2020, 4 Nov. 2020 (Rec. 5706/2019)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 134/2017, 28 Feb. 2017 (Rec. 264/2015)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 545/2014, 1 Oct. 2014 (Rec. 2181/2012)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 557/2013, 19 Sep. 2013 (Rec. 769/2011)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 110/2013, 28 Feb. 2013 (Rec. 1487/2010)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 207/2012, 11 Abr. 2012 (Rec. 1017/2009)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S 1064/2008, 6 Nov. 2008 (Rec. 2653/2002)
TS, Sala Primera, de lo Civil, S, 30 Oct. 1986

Comentarios

Resumen

El ámbito del juicio de desahucio por precario y de los procesos iniciados por acciones de tutela sumaria de la posesión, tal y como lo veníamos entendiendo hasta ahora, se ha visto afectado por un conjunto de sentencias recientes de la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS). Hay dos novedades relevantes: en primer lugar, la redefinición del juicio de precario en inmuebles que han sido objeto de una previa ejecución hipotecaria, por un lado y, en segundo lugar, la delimitación de la tutela sumaria tradicionalmente conocida como interdictal, en un doble sentido: la delimitación de la tutela frente a la «obra nueva» con respecto a la tutela sumaria frente a la perturbación o el despojo posesorios, y el deslinde entre la tutela sumaria y el procedimiento ordinario en el espacio concreto de la Ley de Propiedad horizontal.

I. Algunas novedades en el ámbito del desahucio por precario

Uno de los efectos colaterales de la crisis financiera de 2008 y del dramático incremento de las ejecuciones hipotecarias que trajo consigo ha sido la revitalización del juicio verbal de desahucio por precario. Esta modalidad de desahucio, generalmente centrada en los conflictos familiares que surgían entorno a cesiones gratuitas del uso de inmuebles o en las situaciones de copropiedad —las comunidades hereditarias han sido todo un clásico—, tiene ahora una segunda vida en la que los matices son muy diferentes a aquellos a los que nos tenía acostumbrados el tradicional precario. Algunos de estos nuevos problemas han sido ya abordados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en tres sentencias recientes, cuyo contenido será el eje de este primer apartado.



1. El punto de partida: la definición y los requerimientos del desahucio por precario

A) El concepto de precario

La segunda vida del desahucio por precario no ha supuesto, en modo alguno, una ruptura con la concepción clásica de una figura jurídica —el precario— que carece de regulación normativa en el plano sustantivo. Como apunta la STS 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021), la mayoría de la doctrina lo vincula al art. 1750 CC (LA LEY 1/1889) («[s]i 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»), pero no existe en el Código Civil ninguna norma que mencione el precario como tal.

Contamos, pues, con un andamiaje procesal —la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), LEC, le procura un tratamiento relativamente autónomo— para una institución que, a falta de un anclaje sustantivo claro, ha sido desarrollada por una jurisprudencia copiosa y antigua, ahora actualizada para incorporar esos nuevos matices a los que me refería. El punto de partida sigue siendo el mismo: el precario es «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». Esta es la definición que siguen manejando las STS 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021), 719/2021, de 25 de octubre (LA LEY 189475/2021), y 605/2022, de 16 de septiembre (LA LEY 209520/2022) (1).

La situación de precario puede responder a una foto fija (bien por tolerancia sin título, bien por mera posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario, en ambos casos *ab initio*) o puede estar precedido de una previa posesión legitimada por un concreto título contractual que más tarde pierde vigencia o eficacia.

B) El precario no está limitado a los casos de previa concesión graciosa o de mera tolerancia

La jurisprudencia del TS siempre ha remarcado que el concepto de precario no se limita a las situaciones de mera tolerancia en las que el titular del derecho sobre el inmueble cambia de parecer, eso que las sentencias antiguas llamaban «la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente» (2). Pese a ello, hay una relativa insistencia, alimentada generalmente por quienes son demandados como precaristas como argumento de una excepción procesal tan frecuente como fracasada, —la inadecuación del procedimiento—, en reducir la noción del precario a ese concreto supuesto. El preámbulo de la Ley 5/2018, de 11 de junio (LA LEY 9487/2018), de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), en relación a la ocupación ilegal de viviendas, contribuyó a esa insistencia al afirmar que «[e]l 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».

Sin embargo, las STS 691/2020, de 21 de diciembre (LA LEY 186656/2020), y 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021), reiteran que no es correcto limitar el ámbito del precario a las situaciones de mera tolerancia y que

debe incluirse también en ese ámbito «el disfrute de la posesión de un inmueble por quien no paga contraprestación alguna por ello y carece de título, o el que alega es ineficaz (...) para enervar el cualificado que ostente el actor». En consecuencia, concluye la STS 502/2021 (LA LEY 97333/2021), «no es suficiente para enervar la acción de desahucio que la situación del demandado no responda a la mera tolerancia del actor, pues el ámbito del precario no se limita a esas situaciones posesorias meramente toleradas». En el mismo sentido se pronuncia la STS 719/2021, de 25 de octubre (LA LEY 189475/2021).

C) Presupuestos procesales del juicio de desahucio por precario y carga de la prueba

El art. 250.1. 2º LEC (LA LEY 58/2000) establece, como es sabido, el juicio verbal como cauce para ejercitar la acción de desahucio por precario («[s]e decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 2º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca»).

Los tres presupuestos del desahucio por precario son, como apunta la STS 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021): «(i) el título que ostenta el demandante (ii) la identificación del bien poseído en precario y (iii) la insuficiencia o carencia de título del demandado».

La carga de la prueba de los elementos que pueden neutralizar la acción de desahucio compete siempre a la parte demandada

La carga de la prueba de los elementos que pueden neutralizar la acción de desahucio (esto es, el título habilitante que ampare la posesión o el pago de renta o contraprestación) compete siempre a la parte demandada, ya que en ambos casos se trata de hechos positivos que se esgrimen frente a la pretensión de desahucio ejercitada en la demanda.

D) El desahucio por precario como juicio plenario

También ha sido necesario insistir en que la LEC 1/2000 (LA LEY 58/2000) suprimió el carácter sumario del desahucio por precario y lo convirtió en un juicio plenario, ya que la sentencia que le pone fin tiene plenos efectos de cosa juzgada, al no estar incluida en el apartado segundo del art. 447 LEC (LA LEY 58/2000), que limita esa carencia de efectos propia de los juicios sumarios a las sentencias dictadas en los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión y a los desahucios por falta de pago de la renta o por expiración legal o contractual del plazo.

En su día, la LEC introdujo este cambio de forma explícita, hasta el punto de dedicarle un pasaje de la exposición de motivos («[I]a 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 [...]»).

También en este caso la cíclica insistencia de quienes ocupan la posición de parte demandada en alegar la excepción de inadecuación del procedimiento ha obligado a emitir periódicos recordatorios del carácter plenario del precario y de los efectos que ello implica: «podrán enjuiciarse las relaciones jurídicas que puedan alegarse como justificación de la posesión cuya recuperación se pretenda y la existencia de una situación posesoria que revista las características propias del precario, sin las limitaciones propias de un procedimiento sumario en cuanto a los medios de ataque y defensa (no se limitan los medios de prueba, a diferencia de los desahucios por impago de rentas)», dice la STS 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021).

Cuestión distinta es que el objeto del proceso esté estrictamente limitado a la existencia o no de precario y que no pueda extenderse a otras cuestiones ajenas, para las que sí sería operativa esa excepción de inadecuación de procedimiento. En ocasiones, la inadecuación procedimental que se esgrime o aplica resulta de una mezcolanza un tanto difusa entre la antigua naturaleza sumaria del proceso, la exclusión de las llamadas «cuestiones complejas» y la defectuosa delimitación entre «cuestiones complejas» y «cuestiones ajenas».

La STS 605/2022, de 16 de septiembre (LA LEY 209520/2022), puso fin a un litigio en el que la Audiencia Provincial había considerado que el juicio verbal de desahucio por precario no era adecuado para analizar el título posesorio invocado por la parte demandada, que era la convivencia *more uxorio* con quien fuera arrendatario, que ya no residía en la vivienda, y la aplicación del art. 12 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (LA LEY 4106/1994) (LAU), que en sus apartados 3 y 4 permite la continuación del contrato de arrendamiento en beneficio del convivente, con

determinados requisitos, si el arrendatario abandona la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación. Para la Audiencia, la concurrencia de los requisitos necesarios para aplicar el artículo 12 no podía ser examinada en el desahucio por precario, por lo que remitió a las partes al juicio ordinario y desestimó la demanda.

El TS discrepa de esta interpretación y estima el recurso del arrendador («[d]esde el primer momento, la parte actora sostiene que el contrato de alquiler se celebró con el Sr. XX [...] así como que la demandada carece de título alguno para continuar en la posesión del inmueble cuando el arrendatario único desistió del contrato. Tal circunstancia obligaba a la audiencia, como hizo el juzgado [...], a valorar si la demandada contaba con algún título que amparase la posesión detentada, una vez que el arrendatario único desistió del contrato, cuestión que podía dirimirse, sin limitación o merma alguna del derecho de defensa de las partes, en el procedimiento de precario»), para acabar concluyendo en la condición de precarista de la parte demandada, después de analizar las circunstancias del caso y de comprobar que no concurrían los requisitos de convivencia que exige el artículo 12.4 LAU.

2. Un recordatorio imprescindible: la identificación de las sucesivas normas de protección de los deudores hipotecarios y su ámbito de aplicación temporal

El mapa de las soluciones aplicables a la vinculación entre la previa ejecución hipotecaria que ha afectado a una vivienda y el posterior desahucio por precario se estructura en torno a varios grupos de casos: no será igual para las viviendas que para los locales de negocio y dependerá, inevitablemente, de la posición que hayan ocupado las partes del desahucio en la ejecución hipotecaria. Solo interesa, para el propósito de este artículo, el ámbito específico de las viviendas en las que los ocupantes son los antiguos deudores hipotecarios, en cuanto pueden verse afectados por las medidas de protección que surgieron a partir de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (LA LEY 7255/2013).

Esas medidas de protección han ido cambiando con el tiempo y es importante tener claro su contenido y su vigencia temporal. Las STS 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021), y 771/2022, de 10 de noviembre (LA LEY 273275/2022), se ocupan de esta cuestión y explican la evolución de las sucesivas normas.

La redacción original de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013) entró en vigor el 15 de mayo de 2013 y tuvo vigencia hasta el 18 de marzo de 2017. Su preámbulo explicaba la medida de protección ideada (limitada en ese momento a la suspensión de los lanzamientos) de este modo:

«El [capítulo] primero prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, la Ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas».

El art. 1.1 regulaba esta suspensión del lanzamiento, que sería aplicable «cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo», concretamente en los apartados 2 y 3. Los requisitos de vulnerabilidad debían ser acreditados (art. 2) «por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el Juez o el Notario encargado del procedimiento», mediante la presentación de los documentos relacionados en esa norma.

Cuando estaba próximo a finalizar el plazo de suspensión de los dos años, se amplió en otros tres años más, hasta el 15 de mayo de 2017, a través del art. 3 del RDL 1/2015, de 27 de febrero (LA LEY 2841/2015), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, y de la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio (LA LEY 12418/2015).

A partir de la modificación introducida por el RDL 5/2017, de 17 de marzo (LA LEY 3697/2017), que entró en vigor el 19 de marzo siguiente, se amplió el plazo de suspensión de los lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2020 y se estableció la posibilidad de que los deudores hipotecarios en situación de exclusión obtuvieran del ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (3) el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo de dicho Código, esto es, con una renta anual máxima del 3% del valor de la vivienda al tiempo de la

aprobación del remate, y con una «duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales».

El objetivo de la reforma, fue «favorecer el tránsito de la situación provisional y de mera suspensión del lanzamiento, a otra más firme amparada en un título contractual de arrendamiento»

Como apuntan las STS 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021), y 771/2022, de 10 de noviembre (LA LEY 273275/2022), el objetivo de la reforma, al incorporar esta nueva medida, fue «favorecer el tránsito de la situación provisional y de mera suspensión del lanzamiento, a otra más firme amparada en un título contractual de arrendamiento».

Por último, el RDL 6/2020, de 10 de marzo (LA LEY 3058/2020), en vigor desde el 12 de marzo de 2020, no solo amplió el período de suspensión, para prolongarlo hasta el 15 de mayo de 2024, sino también los supuestos objetivos en los que procede dicha suspensión, de modo que a partir de esta nueva reforma esa suspensión será posible no solo cuando se hubiera

adjudicado la vivienda al acreedor (o persona que actúe por su cuenta), sino también cuando la adjudicación haya recaído en «cualquier otra persona física o jurídica».

3. Precario versus ejecución hipotecaria

La STS 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021), abordó por primera vez la cuestión de si la suspensión del lanzamiento por causa de vulnerabilidad social obtenida en el proceso de ejecución hipotecaria era título enervatorio de la acción de precario y si tal derecho de uso era oponible al nuevo adquirente de buena fe. En la ejecución hipotecaria se había adjudicado la vivienda al acreedor —que después la vendió al demandante de precario—. En dicha ejecución se había acordado por auto de 10 de diciembre de 2014 la suspensión del lanzamiento por un plazo de 2 años (hasta el 10 de diciembre de 2016). La suspensión todavía estaba vigente a fecha de presentación de la demanda, pero esa vigencia decayó a lo largo del procedimiento. A partir de esta base fáctica, la sentencia analiza la naturaleza jurídica del derecho a mantener la ocupación de la vivienda durante el período de suspensión y sus efectos frente al adjudicatario y frente a terceros.

A) La naturaleza del derecho a mantener la ocupación de la vivienda durante el período de suspensión

La sentencia 502/2021 aborda, en primer lugar, la naturaleza jurídica del derecho a mantener la ocupación de la vivienda durante el período de suspensión del lanzamiento. Se explica en ella que la suspensión constituye una medida procesal que afecta a la ejecución del lanzamiento de los ocupantes. Estos carecen ya del título original de dominio, que perdieron como consecuencia de la adquisición de la vivienda por el adjudicatario en la subasta, pero en la medida en que el lanzamiento queda en suspenso «se suspende también correlativamente el derecho del adjudicatario de obtener la posesión del inmueble». No se genera una situación de «copesión», aclara la sentencia. Por tanto, el ejecutado conserva durante el período de suspensión del lanzamiento el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda por mandato legal. No se trata, pues, de una situación de tolerancia a la que el adjudicatario de la vivienda pueda poner fin por su sola voluntad. De hecho, la suspensión del lanzamiento opera incluso contra su voluntad.

A partir de aquí, se hace necesario distinguir la posición del acreedor adjudicatario o de quien haya actuado por su cuenta, la del adjudicatario ajeno a dicho acreedor (en cuyo caso el régimen jurídico será diferente antes y después del 12 de marzo de 2020, fecha de entrada en vigor del RDL 6/2020, de 10 de marzo (LA LEY 3058/2020)) y la del eventual tercer adquirente.

B) Los efectos de la vulnerabilidad de los ocupantes frente al acreedor adjudicatario o a quien haya actuado por su cuenta, y frente al adjudicatario posterior al RDL 6/2020

Así, el acreedor adjudicatario o cualquier otra persona que haya actuado en la subasta por cuenta de dicho acreedor no puede ejercitar la acción de desahucio durante el tiempo de la suspensión, pues están directamente vinculados por la resolución judicial dictada en el procedimiento de ejecución en el que han participado, ya como ejecutante, ya como adjudicatario por cuenta del acreedor. Como ya se ha indicado, en la redacción original de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013), no procedía la suspensión del lanzamiento si la vivienda había sido adjudicada a un tercero ajeno al acreedor.

El mismo efecto será aplicable a todos los adjudicatarios, tengan o no relación con el acreedor ejecutante, a partir del RDL 6/2020 (LA LEY 3058/2020). Es, indiferente, en este punto, que el adjudicatario sea una persona física o jurídica.

El asunto resuelto por la STS 771/2022, de 10 de noviembre (LA LEY 273275/2022), permitió avanzar algo más en la clarificación de las relaciones entre la ejecución hipotecaria y el juicio de precario, ya que estableció como doctrina que el adjudicatario tiene la obligación de instar la entrega de la posesión de la vivienda en la ejecución hipotecaria, sin posibilidad de reservarse una baza futura para acudir al desahucio por precario. Esta limitación afecta, como ya se ha apuntado, tanto al acreedor ejecutante como a cualquier otra persona física o jurídica que se haya adjudicado la vivienda, sin ninguna duda a partir del RDL 6/2020 (LA LEY 3058/2020), y dependiendo de las circunstancias del caso para las adjudicaciones a terceros realizadas antes de esa norma.

Hay un conjunto de razones que sustentan esa solución y que se resumen en las siguientes: (i) el título del derecho que faculta al acreedor ejecutante y/o adjudicatario de la vivienda a solicitar su entrega proviene del propio procedimiento de ejecución hipotecaria; (ii) en coherencia con los arts. 61 (LA LEY 58/2000), 545.1 (LA LEY 58/2000) y 675.1 LEC (LA LEY 58/2000), la competencia funcional para conocer del incidente de suspensión del lanzamiento y de comprobación de los requisitos de vulnerabilidad corresponde al juez de la ejecución hipotecaria, como establece el art. 2 de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013); (iii) la previsión del art. 675.2 II LEC («[c]uando, estando el inmueble ocupado, no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 661, el adquirente podrá pedir al Tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. La petición deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda») está limitada a los ocupantes del inmueble que no tengan la condición de deudores hipotecarios, ya sean arrendatarios u ocupantes de hecho; (iv) no tendría sentido, por elementales razones de economía procesal, instar un juicio de desahucio por precario para hacer efectivo el lanzamiento del deudor cuando se cuenta con el correspondiente decreto de atribución de la condición de adjudicatario de la vivienda litigiosa, que habilita para hacer efectivo ese derecho en la propia ejecución; (v) se evita así el riesgo de acudir al juicio de precario con la intención de obstaculizar la aplicación de las medidas de protección que establece la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013) para los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad.

C) Los efectos frente a los terceros de buena fe

Cuando la sentencia 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021), se planteó si la situación de posesión inmediata y provisional que ostentaba el ejecutado durante el período de suspensión es también título suficiente para enervar la acción de desahucio por precario ejercitada por quien ha sido adquirente de buena fe, extramuros de la ejecución hipotecaria, la solución a la que llega está muy condicionada por el hecho de que, en el caso concreto que resuelve, ya había vencido el período de suspensión del lanzamiento. De hecho, tiene muy en cuenta que cuando se celebró la vista ya habían transcurrido más de cuatro meses desde la finalización del plazo de suspensión, que no había sido prorrogado.

En definitiva, el demandado, que no había probado haber solicitado la ampliación del plazo de suspensión, tampoco había acreditado que al finalizar ese plazo de dos años siguiera cumpliendo los requisitos de vulnerabilidad necesarios para seguir siendo beneficiario de la medida. Aunque parece darse por hecho que la prórroga de la medida no es automática, esta consideración no parece formar parte, al menos explícitamente, de la *ratio decidendi* de la sentencia

Tampoco constaba en el caso analizado que el demandado hubiera solicitado del banco adjudicatario o del nuevo propietario el alquiler de la vivienda en las condiciones previstas en el código de buenas prácticas. No había realizado, por lo demás, ningún pago o contraprestación por el uso de la vivienda, ni en concepto de renta, ni de cuotas comunitarias ni de impuestos. El demandante de precario era un tercero de buena fe en cuyo título de adquisición no constaba ninguna referencia al auto de suspensión del lanzamiento, que tampoco estaba inscrito en el Registro de la Propiedad (4) . En atención a este conjunto de circunstancias, se concluyó que el demandado carecía de título y que la demanda de desahucio por precario debía prosperar.

En el caso de la sentencia 771/2022, de 10 de noviembre (LA LEY 273275/2022), la acción de desahucio por precario

había sido ejercitada también por un tercero de buena fe ajeno al procedimiento de ejecución hipotecaria. Aunque se trataba de la SAREB, no existía constancia alguna de connivencia con el adjudicatario de la vivienda para perjudicar o dificultar los derechos del antiguo deudor hipotecario. Esta sentencia afirma ya explícitamente que, en tales casos, no puede negarse al adquirente de buena fe la posibilidad legal de acudir al procedimiento de desahucio por precario del art. 250.1 2º LEC. Ahora bien, una vez ejercitada la acción de desahucio por precario por el tercer adquirente, el demandado podrá hacer valer su título a permanecer en la posesión de la cosa, mediante la aportación del auto de suspensión del lanzamiento o contrato de arrendamiento obtenidos al amparo de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013).

El supuesto más complicado se dará cuando el antiguo deudor hipotecario no ha instado la suspensión del lanzamiento en la ejecución hipotecaria y pretende hacer valer los requisitos de la vulnerabilidad en el desahucio por precario. La STS 771/2022 (LA LEY 273275/2022) afirma que «dada la naturaleza plenaria del proceso por precario [...] cabe alegar y debatir dentro de dicho procedimiento, la cuestión relativa a la aplicación de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013), que deberá ser resuelta, como cuestión de fondo o, en su caso, mediante la aplicación de la normativa de la prejudicialidad civil (art. 43 LEC (LA LEY 58/2000)), por el juez que conozca del procedimiento de precario». Sin embargo, lo cierto es que se trata de una afirmación general que no tiene aplicación en el caso concreto, en el que no constaba ninguna petición del demandado, dentro de la ejecución hipotecaria, para acogerse al régimen tuitivo de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013) (cuando se presentó la demanda habían transcurrido ya más de 7 años desde el dictado del auto de adjudicación) y tampoco en el de desahucio por precario aportó ninguna prueba de encontrarse en situación de especial vulnerabilidad económica. No obstante, ha de tenerse en cuenta que este último razonamiento se califica expresamente como un «mayor abundamiento», por lo que no existe una doctrina jurisprudencial explícita que permita plantear en el desahucio por precario la concurrencia de unos requisitos de vulnerabilidad que, teniendo su encaje natural en el proceso de ejecución hipotecaria, es probable que no hayan sido objeto de alegación y prueba en ese marco procesal.

Por otra parte, la STS 502/2021, de 7 de julio (LA LEY 97333/2021), al estimar la demanda interpuesta por el adquirente de buena fe, deja a salvo las eventuales acciones que pudieran corresponder al demandado frente al banco acreedor, en caso de que se apreciase una actuación fraudulenta para eludir la suspensión del lanzamiento acordada en la ejecución hipotecaria. Y también hace una salvedad expresa «de lo que pueda acordarse, en su caso, en el proceso de ejecución de esta sentencia».

4. Un apunte sobre la legitimación pasiva y el litisconsorcio pasivo necesario

La STS 719/2021, de 25 de octubre (LA LEY 189475/2021), estimó el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por quien había sido demandado en un juicio de desahucio por precario y apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Se trataba de una vivienda adquirida en régimen de gananciales que había sido objeto de una ejecución hipotecaria. Durante el período intermedio entre la aprobación del remate y la presentación de la demanda de desahucio los antiguos deudores hipotecarios habían continuado pagando los gastos de la comunidad de propietarios, de la que formaba parte la entidad demandante precisamente en su calidad de propietaria de esa vivienda.

En la ejecución hipotecaria la vivienda fue adjudicada al banco ejecutante, Caixabank, quien a su vez cedió el remate a una sociedad participada al 100% por dicho banco (Buildingcenter). La cesionaria del remate no instó la entrega de la posesión por el cauce del art. 675 LEC (LA LEY 58/2000) y cinco años después de la cesión del remate interpuso la demanda de desahucio por precario «contra los ignorados ocupantes» de aquella vivienda. En el proceso compareció como parte demandada uno de los antiguos deudores hipotecarios, que alegó falta de litisconsorcio por no dirigirse la demanda contra todas las personas debidas, lo que motivó la ausencia en el proceso de otra ocupante (su esposa, también ex deudora hipotecaria). En cuanto al fondo del asunto, alegó el derecho de uso que le correspondería sobre la vivienda ejecutada en virtud de la suspensión de los lanzamientos regulada en la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013).

Tanto el Juzgado como la Audiencia habían estimado la demanda. En particular, la Audiencia había descartado la falta de litisconsorcio con el argumento de que la adjudicación de la vivienda había convertido a los deudores hipotecarios en precaristas y que, desde esa posición, no podían esgrimir ningún título de posesión ni tampoco la excepción procesal en cuestión («[a] partir de la adjudicación el demandado es un precarista sin título alguno que malamente puede oponer el litisconsorcio: ni él ni su esposa son titulares conjuntos de un derecho de ocupación ilegal»).

En el recurso del ocupante demandado se alegaba la mala fe de la entidad demandante por haber dirigido la

demanda contra los «ignorados ocupantes», pese a que conocía o debía conocer quiénes y en qué condición ocupaban la vivienda. Para estimar el recurso, la Sala Primera tiene en cuenta el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario, que engarza con la inescindibilidad de la relación jurídico material inherente a la acción de desahucio por precario, y que la otra ocupante, ex deudora hipotecaria, tiene un interés directo y no reflejo en la decisión. Si el éxito de la acción de desahucio por precario depende, entre otros extremos, de la falta de título que justifique el goce de la posesión, la existencia o no de título está en el núcleo de un debate que no puede ser resuelto sin la presencia de la ocupante preterida.

Es muy interesante el análisis de la sentencia sobre la cuestión de si la preterición de la esposa ocupante podía entenderse salvada por el hecho de que la demanda se hubiera dirigido contra «los ignorados ocupantes» del inmueble. La respuesta, negativa, se basa en varios argumentos que conviene tener presentes, dada la proliferación de demandas de desahucio dirigidas, justificadamente o no, contra ignorados ocupantes. En primer lugar, el art. 399 LEC (LA LEY 58/2000) exige que en la demanda se consignen los datos y circunstancias de identificación del actor y de los demandados. En un caso como este, la demandante, por su posición en la ejecución hipotecaria (cesionaria del remate) y su composición accionarial (participada al 100% por el banco ejecutante y adjudicatario) conocía o debía conocer, empleando una mínima diligencia, quiénes eran los deudores ejecutados, que además hacían frente a las cuotas de comunidad de la vivienda, comunidad de la que ella misma formaba parte desde la adquisición de la misma.

En segundo lugar, el art. 166.1 LEC (LA LEY 58/2000) sanciona con nulidad «los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en este capítulo y pudieren causar indefensión». Y aunque en su párrafo segundo se neutraliza esa nulidad «cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal», esa salvedad no era de aplicación al caso, porque no había ninguna constancia de que la ocupante preterida se hubiera dado por enterada. Aun de modo implícito, la sentencia descarta que la comparecencia del esposo conlleve como efecto necesario que su mujer tuviera que darse por enterada de la existencia del proceso, lo que resulta lógico porque no existían datos fácticos que permitieran sostener esta afirmación.

En tercer lugar, la sentencia aclara que la previsión del art. 437 LEC (LA LEY 58/2000) que, al referirse a los datos que deben consignarse en la demanda, alude a «los datos y circunstancias de identificación del actor y demandado», sin exigir sus nombres y apellidos, no justifica que en un caso como este la demanda se dirigiera, de forma genérica, contra los «ignorados ocupantes» y que, en todo caso, esa previsión simplificada del destinatario de la demanda se limita a los juicios verbales en que el demandante no actúe con abogado y procurador.

Por último, se tiene en cuenta que en los casos de desahucio por precario no resulta aplicable la previsión del art. 437.3 bis LEC que «para el caso de las demandas en que se solicite la recuperación de la posesión de la vivienda a que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del art. 250.1 LEC (LA LEY 58/2000), autoriza que pueda «dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma», norma introducida por la Ley 5/2018, de 11 de junio (LA LEY 9487/2018), que actualizó el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente [...], puesto que, además de no ser aplicable por *ratione temporis* y por razón de la limitación subjetiva de los legitimados activamente —que excluye a las personas jurídicas privadas con ánimo de lucro—, en este caso no se ejercita esa acción interdictal (proceso sumario de recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente), sino una acción de desahucio por precario del ordinal 2.º del art. 250.1 LEC (LA LEY 58/2000)».

La apreciación de la falta de litisconsorcio impidió a la sentencia enjuiciar si los antiguos deudores ejecutados tenían derecho a solicitar y obtener, en el marco del desahucio por precario, la suspensión del lanzamiento prevista en la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013).

II. La tutela sumaria de la posesión

1. El sentido de la tutela sumaria de la posesión, objeto de las antiguas acciones interdictales

A muchos de quienes empezamos a trabajar antes de la LEC 1/2000 (LA LEY 58/2000) nos sigue costando asumir la rúbrica que agrupa a las acciones de tutela posesoria y seguimos refiriéndonos a ellas, abreviada y anacrónicamente, como acciones interdictales. Sabemos, cómo no, que el cambio de denominación fue un propósito deliberado del legislador del año 2000, que consideró que la expresión tradicional era «obsoleta y difícil de comprender, ligada a

usos forenses». Pero, pese a ello, empleamos con frecuencia, y así sucederá en este artículo, referencias a los antiguos interdictos.

No es muy frecuente que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre este tipo de acciones, y menos aún sobre sus implicaciones procesales

No es muy frecuente que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre este tipo de acciones, y menos aún sobre sus implicaciones procesales. Ello explica que, cuando ha tenido ocasión de hacerlo, como ha sido el caso de las STS 149/2022, de 28 de febrero (LA LEY 24367/2022), y 16/2023, de 16 de enero (LA LEY 3099/2023), haya realizado una puesta al día de su naturaleza y fundamento, siempre vinculados a la necesidad de proteger que la apariencia de titularidad de los derechos solo pueda desmontarse mediante un proceso judicial contradictorio, como elemento imprescindible de la paz social.

Esa esencia se localiza en el art. 441 CC (LA LEY 1/1889), cuando prescribe que «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras que exista un poseedor que se oponga a ello», y en el art. 446 CC (LA LEY 1/1889), en su rotunda defensa de la posesión: «[...] todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuese inquietado en ella deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes establecen». La STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022) lo resume con estas palabras: «[...] la pacífica convivencia, que el Derecho garantiza, requiere un deber general de abstención impuesto a todos los ciudadanos a los efectos de que el hecho posesorio sea respetado, así como la atribución de una serie de acciones con tal finalidad.»

Estamos, en todo caso, ante juicios sumarios que tienen un objeto muy preciso y determinado: en ellos, solo es posible debatir y resolver acerca del hecho posesorio, del llamado *ius possessionis*. La tutela interdictal no puede acoger las controversias sobre el mejor derecho a la posesión, el *ius possidendi*, porque con los procesos posesorios «se trata de salvaguardar la «paz jurídica», con la finalidad de impedir que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano en vez de acudir a los órganos jurisdiccionales; mientras que el juicio declarativo ulterior se encamina a la consecución de la «paz justa», resolviendo, de forma plenaria y definitiva, a quien corresponde el derecho controvertido».

2. La acción sumaria de suspensión de obra nueva del art. 250.1.5º

La STS 149/2022, de 28 de febrero (LA LEY 24367/2022), ha actualizado la delimitación del objeto de esta acción: «pretende dar amparo legal a quien se considera lesionado en su posesión, propiedad u otro derecho real, como consecuencia de la ejecución de una obra nueva, que altera una situación fáctica consolidada, con mutación del estado de cosas anteriormente existente, generador de un daño o perjuicio, ya producido, pero susceptible de incrementarse si prosigue la obra, o de inmediata y más que probable consumación que, por la urgencia de prevenirlo, exige una inmediata actuación judicial, decretando la suspensión de la novedosa obra, hasta que se dirima, en un procedimiento plenario posterior, la bondad de la misma; o dicho de otra forma, su adecuación a Derecho».

Además de la alteración posesoria, propia de todas las acciones interdictales, hay dos elementos definitorios que van a jugar un papel fundamental en la distinción entre el antiguo interdicto de obra nueva y el resto de acciones: la propia obra nueva, como manifestación específica de dicha alteración, y el carácter progresivo del daño potencial, que imprime una naturaleza netamente cautelar al procedimiento, porque se trata de prevenir el mal antes de que su consumación demande remedios más gravosos.

Estamos, es obvio, ante un proceso sumario cuyo objeto queda estrictamente limitado al perjuicio causado por la obra nueva. No abarca, desde luego, las cuestiones relacionadas con la propiedad de los bienes afectados por la obra, pero tampoco al derecho de las partes sobre la demolición de la obra o su derecho a continuarla.

3. La obra nueva como elemento configurador del ámbito de la acción

A) El concepto de obra nueva

Para determinar cuándo una alteración posesoria tiene su origen en una «obra nueva» es útil adoptar como punto de partida un concepto necesariamente teórico, que se recoge en la STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022): la obra nueva es «una creación, fruto del esfuerzo humano, que produce una alteración de una situación fáctica existente antes de la iniciación del proceso ejecutivo en que consiste [cuya] configuración jurídica exige la concurrencia de un elemento dinámico o activo».

A partir de esta noción elemental se identifican varios aspectos que, en su desarrollo adicional, ofrecen más pistas sobre si estamos o no, a los efectos que nos interesan, ante una obra nueva: (i) los «trabajos innovativos» deben tener una cierta entidad y relevancia, porque de otro modo la alteración posesoria sería tan inapreciable que no se consideraría merecedora de la contundencia de esta acción cautelar; (ii) esos trabajos pueden afectar, además de a las obras de nueva planta, a construcciones ya existentes (por ejemplo, dice la STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022), dándole mayor altura o extensión, abriendo ventanas donde antes no existían...); (iii) no pueden identificarse los conceptos de «obra» y de «construcción», ya que otros trabajos ejecutivos, como las excavaciones, las perforaciones y los movimientos de tierras integran igualmente la noción de «obra nueva».

El caso resuelto por la STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022) es muy representativo para comprender el concepto de «obra nueva»: el demandante, ganadero de profesión, era arrendatario de unas fincas destinadas a pasto de ganado; los demandados, propietarios de las fincas en cuestión que pretendían transformar su destino para dedicarlas al cultivo, habían comenzado la ejecución de trabajos de arado, roturación e instalación de riego por goteo y habían empezado a plantar olivos. Este destino era incompatible con la utilización del terreno para pasto del ganado del demandante. La Audiencia Provincial consideró que este proceso de transformación no encajaba en la acción de tutela sumaria frente a una obra nueva, que era la que había ejercitado el demandante, y desestimó la demanda. El TS estimó el recurso del demandante y, además de apreciar falta de motivación en la solución adoptada por la sentencia recurrida, analiza los elementos enumerados en el párrafo anterior y concluye, con estimación de la demanda, lo siguiente: (i) que los trabajos en la finca alteran la situación posesoria del demandante, porque impiden el pasto de su ganado; (ii) esos trabajos encajan sin ninguna dificultad en el concepto de obra nueva, que no es sinónimo de obra de construcción de nueva planta; (iii) no se trata de obras de escasa entidad o relevancia (había unas 40 hectáreas afectadas cuando se acordó la suspensión de la obra y se había empleado una variada maquinaria pesada); y (iv) tampoco se podían calificar como trabajos de inmediata y rápida realización (transcurrió al menos un mes desde su inicio hasta su paralización).

B) Diferencia con la tutela sumaria frente a la perturbación o el despojo

Con todo, las mayores dificultades se encuentran en la distinción entre el ámbito de la tutela sumaria frente a la obra nueva y la tutela homóloga que, frente a la perturbación o el despojo posesorios, brinda el art. 250.1.4 LEC. (LA LEY 58/2000) Esa tarea diferenciadora es esencial, porque va a determinar la adecuación o inadecuación del procedimiento. No se trata, en absoluto, de una mera *frivolidad* procedimental: hay poderosas razones, procesales y de fondo, que lo justifican y que están claramente explicadas en la STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022): mientras que en el antiguo interdicto de retener o recobrar «la ejecución de la sentencia estimatoria determina la inmediata reposición posesoria del actor, dejando para el juicio plenario posterior la discusión, y correlativa decisión judicial, sobre el mejor derecho de las partes a la posesión definitiva de la cosa o derecho controvertido», en el territorio de la «obra nueva» la estimación de la demanda produce un único efecto jurídico, que es la ratificación de la suspensión de la obra ya acordada, de modo que el objeto del posterior juicio declarativo será el debate sobre el derecho a la demolición de la obra o a continuarla hasta su conclusión.

C) Diferencia con la obra ruinosa

La diferencia entre la tutela sumaria de la obra nueva y la acción que contempla específicamente el art. 250.1.6 para las obras ruinosas es mucho más sencilla. En palabras de la STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022), quedan fuera del ámbito de la obra nueva «los posibles daños derivados del mal estado de una construcción, o la falta de actuación sobre la misma por la pasividad de su dueño», que demandan una tutela diferente: la demolición del elemento (obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo) en estado de ruina que amenace con causar daños al demandante.

D) El carácter excluyente de la tutela sumaria frente a la obra nueva

Una de las aportaciones más importantes de las citadas STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022) y 16/2023 (LA LEY 3099/2023) es la clara explicitación del criterio excluyente que preside la configuración jurídica de la acción interdictal de la obra nueva: si la alteración o perturbación tiene su origen en una obra nueva, el perjudicado no puede pretender otra tutela posesoria diferente de la prevista en el art. 250.1 (LA LEY 58/2000) 5º LEC. Debe acudir a esta vía y solicitar la suspensión provisional de la obra. En otras palabras, no puede esperar a que la obra finalice e impetrar luego la tutela sumaria reconduciendo la obra nueva a la perturbación o al despojo. En palabras de la STS

149/2022 (LA LEY 24367/2022): no tienen los poseedores un *ius electionis* (derecho a elegir) incondicionado, que les permita optar libremente sobre la clase de tutela de la posesión que podrán instar, sino que rige al respecto el criterio de especialidad, «y si de una obra nueva de entidad se trata, será la acción del art. 250.1 (LA LEY 58/2000) 5º de la LEC la que debe ser interpuesta».

No se trata, como ya he apuntado antes, de aplicar un mero criterio de rigor procesalista *porque sí*. En el núcleo de la acción de tutela sumaria frente a la obra nueva está lo que la STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022) denomina «el interés jurídico de impedir las indeseables consecuencias de tolerar la continuación de la obra, en su proyección natural, a la vista, ciencia y paciencia del demandante, para luego promover un juicio sumario [el del art. 250.1.4 LEC (LA LEY 58/2000)]». Ese interés jurídico vertebró el esquema global de la tutela sumaria de la posesión y sus consecuencias se entienden fácilmente si se tiene en cuenta que, de permitir una frontera permeable entre el interdicto de obra nueva y el de retener o recobrar, resultaría que en un juicio sumario, cuyo objeto estará necesariamente limitado al mero hecho posesorio, el demandante que injustificadamente no ha reaccionado a tiempo podría pedir la demolición de lo construido o forzar a la contraparte a una transacción injusta, pese a la posibilidad cierta de que, en un ulterior juicio declarativo sobre el mismo objeto, se diera la razón al dueño de la obra. Se trata, en definitiva, de evitar el riesgo de tener que acceder a la destrucción de lo ejecutado en un procedimiento de naturaleza sumaria, como es el de recobrar la posesión, como hito provisional del conflicto jurídico que puede verse luego irreparablemente contradicho por la resolución que, ya con el máximo nivel de garantías, recaiga en el juicio plenario.

Pero, precisamente para garantizar la coherencia exigible al diseño global de la tutela sumaria de la posesión, es necesario prever una válvula de seguridad en el carácter excluyente de la tutela frente a la obra nueva, que conecta con el propio concepto de «obra nueva» y que nos devuelve en cierta medida al punto de partida: es necesario que la agresión posesoria sea realmente una obra nueva, en el sentido ya explicado (esto es, los trabajos innovativos deben tener una cierta entidad y relevancia). Si, por el contrario, se trata de trabajos innovativos de escasa importancia e inmediata realización, sí es posible acudir a la acción posesoria de recobrar, porque de otro modo el perjudicado por la alteración posesoria, cuya rapidez o escaso alcance le habrá impedido acudir al interdicto de obra nueva, quedaría jurídicamente indefenso. La STS 149/2022 (LA LEY 24367/2022) aporta un ejemplo muy gráfico que puede ser muy útil para distinguir esas dos situaciones: si se levanta un pequeño muro para impedir un paso del que se viene disfrutando, sería imposible promover la suspensión de la obra antes de su ejecución y debe dejarse expedito el acceso a la tutela sumaria frente a la perturbación o el despojo.

Toda esta explicación se entenderá mejor con el relato del conflicto resuelto por la STS 16/2023, de 16 de enero (LA LEY 3099/2023): el litigio se inició con la demanda que una comunidad de propietarios dirigió contra uno de los comuneros, propietario de un local, en ejercicio de la acción de recobrar la posesión de lo que consideraba elementos comunes alterados por las obras realizadas por dicho propietario, consistentes en la demolición de un parterre ajardinado, bajo el que se encontraba un aljibe comunitario, en la construcción de una rampa y en el cambio de configuración de unas ventanas. El suplico de la demandada solicitaba la condena del demandado a reponer los elementos comunes a su estado original. En primera instancia se había desestimado la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la comunidad de propietarios y, partiendo de la naturaleza común de los elementos afectados por las obras, condenó al demandado a reponer la situación original del parterre, del aljibe y de la fachada del edificio. Pues bien, el TS estimó el recurso extraordinario por infracción procesal y apreció la inadecuación del procedimiento sumario de recobrar la posesión, porque la comunidad de propietarios debió acudir, si quería activar la modalidad de tutela sumaria, a la acción interdictal de obra nueva, o, en otro caso, al declarativo ordinario de propiedad horizontal (art. 249.1.8 LEC (LA LEY 58/2000)).

En efecto, no se trataba de una mera ocupación material de un elemento común, que sí justificaría una acción sumaria de recobrar. Se trataba, por el contrario, de obras de una relevancia considerable (obras de demolición y ejecución que se prolongaron en el tiempo y se ejecutaron a vista y paciencia de la comunidad), en absoluto calificables como «obra de rápida e inmediata ejecución», por lo que la comunidad de propietarios debió promover, en su momento, la específica acción interdictal de obra nueva, «por lo que no puede pretender ahora, en un juicio sumario, de cognición limitada al hecho posesorio, la demolición y reposición de lo construido a su estado originario». Perdida, pues, la oportunidad de la específica tutela sumaria prevista para el caso, la comunidad tendrá que acudir al juicio ordinario para debatir la licitud o ilicitud de las obras realizadas.

Por lo demás, la apreciación de la inadecuación del procedimiento, con la consiguiente desestimación de la demanda, se justifica por la merma de garantías que conlleva el proceso sumario en comparación con el ordinario en el que, a diferencia de lo que sucede en el primero, se podrá debatir sin ninguna limitación el mejor derecho a la posesión y la legalidad de las obras.

E) La tutela posesoria en el régimen de propiedad horizontal

La solución concreta del litigio que resuelve la STS 16/2023, de 16 de enero (LA LEY 3099/2023), en los términos expuestos en el apartado anterior, no impide en absoluto la viabilidad de las acciones de tutela posesoria entre propietarios que sean a su vez coposeedores, por no haberse pactado ningún tipo de uso exclusivo, ni, en particular, en el régimen de propiedad horizontal.

Con cita de la STS 207/2012, de 11 de abril (LA LEY 44089/2012), se reitera ahora que «dada la posibilidad de que un coposeedor se arroge en su beneficio y de forma exclusiva el disfrute de la posesión sobre la cosa común, privando de ella a los demás, resulta procedente que, en tales casos, estos últimos puedan acudir no solo a las acciones declarativas, sino también a las de carácter provisional que, como las posesorias, tienden a lograr una restitución de la posesión de hecho a su estado anterior de forma rápida y provisoria y sin efectos de cosa juzgada material [...]».

(1) Con cita, en la STS 502/2021 (LA LEY 97333/2021), de las sentencias 110/2013, 28 de febrero (LA LEY 10206/2013); 557/2013, 19 de septiembre (LA LEY 148675/2013); 545/2014, de 1 de octubre (LA LEY 137012/2014), y 134/2017, de 28 de febrero (LA LEY 6251/2017)

(2) STS de 13 de febrero de 1.958, 30 de octubre de 1.986 (LA LEY 155216-JF/0000) y 6 de noviembre de 2008 (LA LEY 169513/2008).

(3) El Código de Buenas Prácticas fue aprobado por aprobado por RDL 6/2012, de 9 de marzo (LA LEY 4108/2012), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos,

(4) La afectación de los contratos de arrendamientos de vivienda no inscritos se aborda en las 577/2020, de 4 de noviembre (LA LEY 160684/2020), 109/2021, de 1 de marzo (LA LEY 6991/2021), 212/2021, de 19 de abril (LA LEY 34271/2021), y 379/2021, de 1 de junio (LA LEY 67616/2021). Debe tenerse muy en cuenta que la norma que regula la enajenación forzosa de la vivienda alquilada (art. 13 LAU/1994 (LA LEY 4106/1994)) ha contado con tres redacciones diferentes: (i) la redacción original, según la cual si la adjudicación tenía lugar en los cinco primeros años de vigencia del contrato, el arrendatario tenía derecho a continuar hasta que se cumpliera ese plazo; (ii) la de la Ley 4/2013, de 4 de junio (LA LEY 8684/2013) (en vigor entre el 6 de junio de 2013 y el 5 de marzo de 2019), que establecía como efecto de la enajenación forzosa de la vivienda arrendada la extinción del arrendamiento; y (iii) la del RDL 7/2019, de 1 de marzo (LA LEY 2819/2019), en vigor desde el 6 de marzo de 2019, que distingue dos casos básicos, dependiendo de la duración pactada: en contratos de duración pactada superior a cinco años, o siete años si el arrendador es una persona jurídica, si la adjudicación se produce cuando se ha superado esa barrera de los cinco o siete primeros años, el contrato se extingue; en todo caso, si la adjudicación se produce durante los cinco primeros años de duración del contrato, o siete años si el arrendador es persona jurídica, el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años o siete años respectivamente, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1. A la hora de determinar el régimen jurídico aplicable, la fecha determinante es la fecha del contrato, no la fecha de la adjudicación de la vivienda (STS 783/2021, de 15 de noviembre (LA LEY 205409/2021)).
