



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Pablo Sánchez Martín



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

ISSN: 2605-3055

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL

CIVIL

MERCANTIL

NÚMERO 27. OCTUBRE 2018

01

Problemática de la Ley Concursal desde el punto de vista de un mediador concursal, abogado y administrador concursal.

Irene Romea Anadón
Abogada. Mediadora concursal.

02

El desahucio de viviendas. Una visión crítica de la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Joaquín González Casso
Magistrado

01 PROBLEMÁTICA DE LA LEY CONCURSAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE UN MEDIADOR CONCURSAL, ABOGADO Y ADMINISTRADOR CONCURSAL.

Irene Romea Anadón

Abogada y Mediadora concursal

ICAT.

RESUMEN: *Con la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad se introdujo en el sistema concursal español un procedimiento nuevo que permite a los deudores lo que se denomina coloquialmente una “segunda oportunidad”, que prevé una vía para poder solventar las múltiples situaciones de insolvencia generadas por la profunda crisis económica sufrida en los últimos años, si bien el procedimiento es complejo y asimilable a una carrera de obstáculos para todos los operadores jurídicos, que son objeto de análisis, comenzando por determinar quién es el órgano competente para iniciar el procedimiento, problema que suscita la falta de aceptación de mediadores concursales; la dificultad en las comunicaciones con los acreedores, unido a la falta de formación específica concursal de los Juzgados de Primera Instancia.*

VOCES: Segunda oportunidad, competencia, insolvencia, mediador concursal, administrador concursal.

COMENTARIO

Pese a que la Ley Concursal de 2003 ha sufrido 28 modificaciones legislativas desde su puesta en vigor, lo cierto es que con la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, se

introdujo en el sistema concursal español un procedimiento nuevo que permite a los deudores lo que se denomina coloquialmente una segunda oportunidad, esto es, con una serie de requisitos permite “la cancelación de las deudas”, tras la realización de todo su activo, en la parte que no quede cubierta con la venta del patrimonio del deudor.

La verdad es que la última reforma de la Ley Concursal orientada a regular la comúnmente llamada “Ley de Segunda Oportunidad” para los deudores denominados personas físicas y profesionales, ha introducido una vía para poder solventar las múltiples situaciones de insolvencia generadas por la profunda crisis económica sufrida en los últimos años, para mitigar parte de la desigualdad que se producía al permitir un tratamiento ordenado del patrimonio empresarial con extinción de las deudas vía convenio o vía liquidación.

Si bien dicha reforma permite sortear la “muerte civil” de las personas físicas o profesionales, que por múltiples causas se han visto abocados a la insolvencia por la firma de avales, la enfermedad, la pérdida de trabajo o, incluso, por divorcio, lo cierto es que el procedimiento es complejo y asimilable a una carrera de obstáculos para todos los operadores jurídicos.

No prevé la ley, por ejemplo, la posibilidad de solicitar el inicio de acuerdo extrajudicial de pagos de matrimonio en el que uno de los deudores es autónomo y el otro es trabajador por cuenta ajena o pensionista; cuestión que resulta importante a efectos de determinar la competencia, bien de Notario o de Registrador, y posteriormente de Juzgado de Primera Instancia o de Lo Mercantil. Tampoco regula cómo tratar los datos que, en principio, son confidenciales como mediador concursal y que sin embargo han de utilizarse en sede judicial como administrador concursal. Entre otras cuestiones, otro aspecto que se echaría en falta es la imposibilidad de recusar a un mediador designado.

De facto, uno de los principales problemas que se encuentra el abogado del deudor es determinar quién es el competente para iniciar el procedimiento recogido en el Título X de la Ley concursal de 9 de julio de 2003, e introducido tras la enésima reforma en el año 2015, para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos.

Si bien el artículo 232 de la Ley Concursal es claro en cuanto a la competencia, al decir que si el deudor es persona física debe solicitar el inicio de acuerdo extrajudicial de pagos ante el Notario, y que si es persona natural empresario o profesional, no lo es tanto en cuanto a la competencia para iniciar el procedimiento y nombramiento de mediador concursal es del Registro Mercantil. No en balde, los juzgados han interpretado la norma de diferente forma, en función de criterios no normativos que complica enormemente la situación para los deudores y lleva a los abogados a una total inseguridad jurídica.

Así, podemos encontrar jurisprudencia, entre ella la procedente de la Audiencia Provincial de Alicante o la Audiencia Provincial de Madrid, que aplican un criterio subjetivo, en una interpretación literal del artículo 232 de la ley aplicable. Con base en lo anterior consideran que si el deudor es autónomo, profesional o empresario persona natural al tiempo de la solicitud de nombramiento de mediador concursal, la competencia es claramente del Registro Mercantil y, posteriormente, de los Juzgados de lo Mercantil, aspecto que, en buena lógica, es fácil de acreditar con la aportación al expediente de una vida laboral o con una certificación de la TGSS.

Sin embargo, existe una corriente jurisprudencial que se está abriendo camino, representada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Madrid y con alguna especificación más la de Zaragoza, que determina que, a pesar de lo que dice el citado artículo 232 de la Ley Concursal, la competencia será la que corresponda al origen del pasivo concursal. Esto implica que, si al momento de presentación de la solicitud el deudor es trabajador por cuenta ajena, pero la deuda viene referida a una actividad empresarial o profesional, la competencia sería la del

Registro Mercantil y luego de los Juzgados de lo Mercantil, en definitiva, parte de una interpretación finalista o teleológica del concepto empresario para determinar la competencia.

Aparte de la inseguridad jurídica que se plantea al dudar si dirigirse al Notario (que no cobra honorarios por este trabajo) o al Registro Mercantil, también provoca problemas de prueba, máxime en un procedimiento reglado por medio de un formulario normalizado publicado en el BOE.

Debe destacarse que, en no pocas ocasiones, el pasivo concursal estará ocasionado por deudas de carácter personal (por ejemplo, para la adquisición de vivienda habitual) combinadas con deudas de carácter profesional (por ejemplo leasing de vehículo), circunstancia en la que ahonda la jurisprudencia emitida por la Audiencia Provincial de Zaragoza, al delimitar la competencia en función del “mayor volumen de deuda”. Se observa que se obliga, de alguna manera, a determinar qué volumen de deuda tiene origen empresarial o profesional y qué volumen de deuda se puede considerar como personal para determinar la competencia, lo que supone que si el mayor volumen de deuda es empresarial la competencia será mercantil y en caso contrario será civil y por tanto conocerá el Notario y posteriormente los juzgados de primera instancia.

Y en este momento es donde radica el problema, ¿quieren los notarios calificar su competencia de unos expedientes que son gratuitos y que les obligan a realizar por turno? ¿puede el registrador no aplicar lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley Concursal y admitir un acuerdo extrajudicial de pagos de un trabajador por cuenta ajena que entró en situación de insolvencia por una actividad empresarial o profesional anterior o por la firma de avales a la empresa de la que era socio?

Quizás es momento de plantear un conflicto de competencia objetivo en el momento de no admisión del concurso necesario por el Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil, cuestión esta que se da

muy frecuentemente en la plaza donde la que suscribe ejerce, y que al final acaba colapsando la Sala de la Audiencia Provincial de recursos de apelación para determinar el juzgado competente. En todo caso, sería deseable un criterio uniforme en algo tan básico como la competencia objetiva para este tipo de procedimientos, cuestión difícilmente alcance al estar vedado el recurso de casación para este tipo de resoluciones.

Una vez pasado el filtro de concretar si se presenta el expediente ante el Notario o ante el Registrador Mercantil, aparece otro problema que está impidiendo de facto el arranque de este tipo de procedimientos, que no es otro que las renunciaciones consecutivas y reiteradas de los mediadores concursales inscritos en el Ministerio de Justicia en modo secuencial.

Existen procedimientos bloqueados por falta de aceptación de mediadores concursales (diez renunciaciones consecutivas, tres meses esperando, etc.). Las causas de todo ello podrían ceñirse a que, por un lado, el artículo 242 Ley Concursal prohíbe taxativamente el cobro de honorario alguno por el Concurso consecutivo del deudor (si bien para el mediador concursal supone tener de presentar la demanda de concurso, el informe del artículo 75 LECO, el plan de liquidación, juicio sobre la exoneración del pasivo y las operaciones liquidatorias del activo del deudor, junto con el pago a los acreedores, informes trimestrales y rendición de cuentas), y solo permite cobrar por procedimiento concursal el 10% de la cuantía de lo que correspondería a un administrador concursal para la fase de liquidación; y por otro, no existe sanción alguna por la no aceptación sin causa de la designación.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2018, relativa a la designación de Mediador Concursal y a la comunicación de datos del deudor para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos y su publicación inicial en el Portal Concursal, tampoco ha supuesto ninguna mejora. La postergación en el orden de lista secuencial, en caso de no aceptación de la designación sin causa, tampoco supone una verdadera sanción

que disuada a los mediadores para aceptar el cargo, que en ocasiones conlleva unos honorarios ridículos.

Una posible solución a este problema podría ser una modificación legislativa que equiparara al mediador concursal con el administrador concursal, penalizando al designado que no acepte con la misma sanción del artículo 29.2 de la Ley Concursal (baja en las listas durante 3 años) prevista para el administrador concursal. Así mismo, otra solución posible sería la activación de la cuenta de garantía arancelaria recogida en el artículo 34 bis, ter y quater de la citada ley, posibilidad que no ha sido objeto de desarrollo pese a ser introducida en la reforma del año 2015.

Otro problema práctico que existe es la dificultad en las comunicaciones con los acreedores a los que el mediador concursal debe convocar a Junta de Acreedores y enviar un plan de pagos y de viabilidad del deudor. Quizás podría explorarse la posibilidad de introducir la obligatoriedad de las entidades financieras y bancarias de publicar las direcciones de correo electrónico para acuerdos extrajudiciales de pago o la obligatoriedad de entidades cuyo objeto social es el préstamo a terceros para consumo y micro créditos (tipo COFIDIS, ONEY, etc.), de incluir en los contratos, facturas o comunicaciones con el cliente, el correo electrónico a efectos de acuerdo extrajudicial de pagos.

Y por último y no menos importante, los juzgados de primera instancia no han recibido formación específica Concursal, por lo que no hay uniformidad en las resoluciones ni criterio común que dote de seguridad jurídica al justiciable ni a los operadores jurídicos.

Muchos retos para la llamada “Ley de Segunda Oportunidad” y para todos los que la utilizamos de una manera u otra; retos y barreras, que habrán de superarse poco a poco entre todos los operadores, y junto con alguna modificación legislativa pausada, serena y sobre todo, con base a la realidad que acontece en este tipo de procedimientos. Con

todo ello, quizás lo que hoy supone una auténtica carrera de obstáculos, se convierta en un procedimiento ágil que sea útil al ciudadano que se encuentra muchas veces en situaciones de grave penuria económica.



02 EL DESAHUCIO DE VIVIENDAS. UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA RECIENTE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Joaquín González Casso

Magistrado

Audiencia Provincial de Badajoz.

RESUMEN: *El legislador ha decidido afrontar el fenómeno “okupa” exclusivamente con una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil pensando que un acortamiento de los plazos abrevia la resolución del proceso, cuando no es así, porque el problema real que existe en muchos Juzgados es la sobrecarga, lo que va a impedir la admisión y tramitación de este tipo de demandas en los plazos fijados en la ley procesal. El problema de este fenómeno en España se ha agravado por los problemas estructurales tanto de falta de medios personales como materiales de nuestros tribunales civiles. No creo que la reforma sea efectiva y puesto que en muchos casos estamos hablando de la comisión de un delito de usurpación, hubiera sido conveniente también establecer medidas cautelares penales. Finalmente, da la impresión de que el legislador ha tenido mala conciencia al afrontar la reforma, por las constantes referencias que se hacen a la comunicación a los servicios públicos competentes en materia de política social, cuando es a los poderes públicos a los que corresponde asegurar la existencia de una vivienda digna.*

VOCES: Proceso civil, Recuperación de la posesión, Desahucio, Ocupación de inmuebles.

COMENTARIO

El derecho tiene que dar una eficaz respuesta a los conflictos que se plantean en la sociedad, de modo que trate de evitar que los conflictos de intereses entre sus miembros o con la comunidad se

resuelvan por la fuerza, la autotutela o al margen del instrumento que la comunidad nos ha dado para su resolución: el proceso.

Hay un fenómeno que no es nuevo pero que ha tenido una amplia difusión en los últimos años y que es el fenómeno “okupa”. Existe un serio problema social que hay que afrontar. No se trata de la ocupación de edificios abandonados por algunos colectivos sociales que ha sido vista a veces de forma favorable por la sociedad, sino de un problema mucho más grave que es noticia casi a diario en los medios de comunicación, como es la ocupación de todo tipo de inmuebles, incluso de viviendas que constituyen morada y muy particularmente de viviendas sociales.

Y frente a dicho fenómeno, nuestra legislación procesal carecía (y creo que sigue careciendo) de instrumentos efectivamente eficaces y rápidos para que el titular de un derecho real inmobiliario pueda recuperar la posesión de un bien.

No hay que olvidar que el fenómeno al que nos referimos no ha estado ausente en algunos casos de simpatías. Y no son pocos los autores que han defendido la derogación del artículo 245 núm. 2 del Código Penal que castiga con penas de multa y como delito leve, la ocupación de un inmueble que no constituya morada.

Entre las diversas opciones, el legislador ha optado por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante el que se ha denominado “desahucio exprés”, cuando eran posibles otras opciones conjuntas o separadas, como facilitar la autotutela de la administración ante la gravedad de la situación en las grandes ciudades de la ocupación de viviendas sociales, o la reforma del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para posibilitar la adopción de medidas cautelares. En este sentido, la Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada en el año 2017 propuso introducir un apartado en dicho precepto con la finalidad de que se recoja de forma expresa la posibilidad de acordar como medida cautelar el reintegro en la posesión

con carácter provisional a los legítimos titulares de los bienes muebles o inmuebles sustraídos o usurpados. No tiene ningún sentido que si nos sustraen, pongamos por ejemplo, nuestro automóvil, vayamos a la policía, lo localice y nos no entregue, deteniendo a los autores. Pero si lo que se ocupa es nuestra vivienda (ya sea una segunda residencia o un inmueble que tenemos vacío), la policía aplique un ¿protocolo? en el que nos digan que como ya han pasado tres días no podemos recuperar nuestra casa y debemos acudir a los Tribunales. Explícale esto al ocupado. En algunos países de la Unión Europea existen cauces policiales para la inmediata recuperación de la posesión de un inmueble. Es el caso de Francia, Holanda, Gran Bretaña o Alemania.

Y en un sentido similar hay una proposición de ley presentada este año en Las Cortes que posibilita el desalojo judicial de un inmueble por el Juzgado de Instrucción en el plazo de 72 horas.

No debemos olvidar que efectivamente el derecho penal es la última “ratio”, pero que el Estado aplica siempre la consecuencia penal de lo injusto, allí donde el derecho civil o el derecho administrativo se muestran ineficaces o no son suficientes para reprimir una conducta ilícita

La finalidad de la reforma.

Lo que realmente queremos es que cuando un propietario es desposeído de su inmueble pueda contar con un instrumento eficaz para la inmediata recuperación de su posesión. Lo contrario supone desplazar un problema que en ocasiones es simplemente jurídico en un problema social y provocando manifestaciones poco deseables de autotutela ante la imposibilidad de obtener la tutela del poder público o la existencia de agencias o empresas que por un “módico precio”, te devuelven la posesión bordeando, cuando no infringiendo claramente, el derecho penal.

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal

de viviendas en su preámbulo tras hacer referencia al existencia de fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa, la ocupación de viviendas de alquiler social o de personas sin recursos o ancianos a los que se ha extorsionado para que la pudieran recuperar la vivienda de su propiedad, reconoce que los cauces legales por vía civil actuales no son satisfactorios y se demoran temporalmente de forma extraordinaria. Con arreglo a lo anterior y el artículo 441 del Código Civil se justifica la reforma en que los actuales cauces en el artículo 250.1, números 2º, 4º y 5º (recuperación de la finca dada en precario, la tutela sumaria o interdicto para recuperar la posesión y la tutela de derechos reales inscritos) no son idóneos se plantea esta reforma *“en la que se adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente previsto en el artículo 250.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mediante el procedimiento desarrollado en los artículos 437, 441 y 444 de la misma”*.

Creo sinceramente que el legislador no ha sabido afrontar el problema mediante unos instrumentos eficaces y rápidos. Cuando alguien vuelve a su casa, incluso a su morada y la ve ocupada, cada día que pase sin poder recuperarla es un drama familiar.

El articulado. Luces y sombras

1.- La legitimación activa y el objeto del proceso.

Lo primero que hay que destacar es que el legislador limita el objeto del proceso y la legitimación activa. Únicamente las viviendas son objeto de esta tutela sumaria y únicamente las personas físicas, entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social (artículo 250 núm. 1, 4º, párrafo segundo de la LEC).

Esto quiere decir que todo lo que no sea vivienda (locales de negocio, plazas de garaje, etc.) quedan al margen. Y también las sociedades mercantiles. La conclusión es muy sencilla. Coincidimos con

quienes indican que la reforma puede suponer la derogación “de facto” del artículo 245 núm. 2 del Código Penal en estos casos. Pero curiosamente cuando el interés del Estado puede ser menor (inmuebles no vivienda, propiedades de bancos o fondos denominados “buitre”), la protección puede ser mayor. Porque en estos casos el perjudicado no tendrá otro remedio que acudir a la protección que le dispensa el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la denuncia penal, si no quiere meterse en un proceso civil farragoso. La discriminación desde mi punto de vista no está justificada.

Por vivienda habrá que entender de forma amplia todo lugar cerrado destinado a ser habitado, por lo que se incluirían las segundas residencias y las roulottes o caravanas, porque el precepto no lo limita a los bienes inmuebles. De hecho el nuevo párrafo del núm. 4 del artículo 250 se imbrica en un precepto que de forma genérica protege la posesión de una “cosa”.

2.- La legitimación pasiva y los actos de comunicación.

En segundo lugar, la legitimación pasiva. El artículo 237 apartado 3 bis de la LEC permite dirigir la demanda *“genéricamente contra los desconocidos ocupantes, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación”*.

Estamos ante un caso de legitimación pasiva difusa o indeterminada, de muy difícil encaje en instituciones procesales como la capacidad para ser parte, el derecho de defensa o el derecho a la prueba.

La realidad nos dirá si el legislador acierta, porque el precepto permite también los abusos en los casos de precaristas o arrendatarios sin contrato escrito u otro título que justifique su situación posesoria.

Nos metemos en el mundo complejo de los actos de comunicación, que tantos quebraderos de cabeza dan a quienes impetran la resolución del conflicto por los Tribunales Civiles y que son

los responsables en numerosas ocasiones de la dilación de los procesos. A este respecto recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional 137/2017, de 27 de noviembre, de facto deroga la reforma del artículo 164 de la LEC por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Pese a la claridad meridiana del último párrafo de dicho precepto, que permite acudir a la citación edictal cuando el arrendatario no es hallado en la vivienda o local arrendado o en los domicilios designados en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 155 de la LEC, el Alto Tribunal reitera su postura de que la citación edictal es subsidiaria, doctrina dictada con otra regulación procesal distinta.

El legislador ahora da otra vuelta a la tuerca, sobre la que posiblemente se pronunciará en el futuro el Tribunal de Garantías Constitucionales. Conforme al nuevo artículo 441, núm. 1 bis de la LEC la notificación, *“se hará a quien se encuentre habitando aquélla. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda. A efectos de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad”*. Tal forma de realizar los actos de comunicación no es novedosa porque la venían admitiendo algunos Tribunales que consideraban adecuadamente realizado el acto de comunicación con cualquiera de los ocupantes de un inmueble o contra los ignorados ocupantes (v. gr sentencias de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 2ª de 7 de mayo de 1998, núm. 188/1998; Audiencia de Barcelona, sección 1ª de 23 de abril de 2018, núm. 223/2018).

La disposición es lógica, dado que acudir a las diligencias preliminares para identificar al demandado en la mayor parte de los casos está abocado al fracaso.

¿Qué ocurre si no hay nadie cuando se lleva a cabo el acto de comunicación en la vivienda? Pues entiendo que cabe la citación edictal. Nada impide acudir a las reglas generales de los actos de comunicación.

3.- El título. Plazo para el ejercicio de la acción.

El demandante tiene que aportar necesariamente el título en el que el actor funde su derecho a poseer. De ordinario será el título de propiedad u otro derecho real que le conceda el derecho a poseer o también un contrato, por ejemplo de arrendamiento, que le otorgue dicho derecho. Como se trata de uno de los documentos que necesariamente han de acompañarse a la demanda, su ausencia dará lugar a su inadmisión conforme al artículo 403 núm. 2 de la LEC. La ley no describe que se entiende por “título”. Recordar el sentido que tiene en la legislación civil la expresión que no necesariamente hace referencia a documento. Ahora bien, debe entenderse por título el que aparezca en documento público o privado, dejando fuera situaciones posesorias en las que no existe título escrito (precaristas, usucapientes, etc.)

Se ha discutido si es de aplicación el plazo de un año para el ejercicio de la acción de retener o recobrar la posesión del artículo 439 núm. 1 de la LEC. En la proposición de ley inicial presentada en el Congreso se creaba un nuevo proceso verbal especial. Posteriormente, el legislador optó por reformar el interdicto de recobrar la posesión, como así se indica en el preámbulo de la ley cuando indica, “*se plantea esta reforma en la que se adecua y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente*”. El plazo de un año está en consonancia con el artículo 460 4º del Código Civil en el que el poseedor pierde la posesión de la cosa por la posesión de otro, aun contra la voluntad de su antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año. Como el derecho civil considera poseedor a todos los efectos a quien es despojado de la cosa durante el plazo de un año, este es el plazo que tendrá para el ejercicio de la acción. Y este es el caso en la especialidad procesal que estamos estudiando. Transcurrido ese año, quien reclame la posesión de la cosa usurpada tendrá que acudir al proceso

declarativo que corresponda, sin tener los beneficios de este proceso especial.

4.- La medida cautelar.

En orden a la medida cautelar, la reforma procesal en el párrafo segundo del artículo 441 núm. 1 bis permite al demandante solicitar la inmediata entrega de la posesión de la vivienda. En este caso, *“en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda”*.

Es lo que venían haciendo algunos Juzgados de Instrucción para la adecuada protección de los ofendidos o perjudicados por el delito, al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, requerir al ocupante de un inmueble para que exhibiera el título y en caso contrario proceder al desalojo por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

La medida cautelar es la estrella de la reforma y sobre la que en realidad pivota la misma. Tiene una naturaleza anticipativa de la resolución que en su momento pueda dictarse, con precedentes en algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el artículo 727, 7º. La petición dará lugar a la apertura del correspondiente incidente. Aunque es facultativa, lo lógico es que se pida siempre.

Para solicitar la medida cautelar el actor tiene que aportar título bastante para la acreditación de su derecho a poseer, que no es otro que el mismo que el que ha permitido la incoación del proceso. Con ello consigue, *“la inmediata entrega de la posesión”*. Solicitada con la

demanda, los ocupantes tienen el plazo de cinco días desde la notificación para aportar el título que justifique su situación posesoria. En otro caso se dictará auto ordenando la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, auto contra el que no cabe recurso alguno. Entre la opción auto del Juez-decreto del Letrado de la Administración de Justicia, pues no hay contradicción, el legislador ha optado por el primero, posiblemente por los bienes jurídicos en conflicto, la necesidad de examinar el título y las consecuencias de la resolución que se dicta, que supone el desalojo de una vivienda.

Si observamos, el plazo para aportar el título es inferior al plazo para contestar a la demanda, cinco días aquí, diez en el segundo caso.

La ley presume el carácter necesario de la medida para asegurar la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria de la demanda (artículo 721 núm. 1 de la LEC), sin necesidad de acreditar los elementos necesarios de toda tutela cautelar de acuerdo con el artículo 728 de la LEC, y particularmente la necesidad de prestar caución. Únicamente el Juzgado tiene que examinar la suficiencia del título, es decir, en *fumus bonis iuris*, porque el peligro de mora procesal se presume.

De ordinario la cautela se solicitara con la demanda. ¿Cabe pedirla antes de la demanda o después? En el primer caso no tiene mucho sentido ante la sencillez y rapidez del proceso que estudiamos. En el segundo caso, podrá solicitarse, *“cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la petición en esos momentos”* (artículo 730 núm. 4 de la LEC).

La adopción de la medida cautelar viene condicionada a que los demandados no aporten justificación suficiente de su situación posesoria. Entiendo que la justificación ha de ser también documental (contrato de arrendamiento, pago de rentas). En otro caso, habrá que esperar a la sentencia. No será extraordinario la aportación de título por el demandado, porque se está dando una realidad social que consiste

en alquilar viviendas de reciente construcción o desocupadas por terceros que ninguna relación tienen con el propietario, mediante engaño y con una finalidad lucrativa.

También se podrá acordar la cautela si a juicio del Tribunal el título no se considera “justificación suficiente”.

5.- La contestación a la demanda, el juicio y la sentencia.

El plazo para contestar a la demanda será de diez días. El artículo 444 núm. 1 bis de la LEC ha de fundarse en la “*existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor*”. Como proceso sumario que es, el demandado tiene limitados los motivos de oposición y prueba. En caso de que no se conteste a la demanda, se dictara sentencia de forma inmediata, sin que la reforma nos diga si hay que declarar o no la rebeldía. Nótese que en el proceso monitorio de desahucio por falta de pago, la falta de oposición da lugar a que se dicte por el Letrado de la Administración de Justicia un decreto dando por terminado el juicio de desahucio y procediendo al lanzamiento en la fecha prefijada (artículo 444.3, párrafo 5 de la LEC).

En caso de oposición habrá que acudir a las normas generales del juicio verbal, convocando a las partes a juicio. Aquí se hace de peor condición al demandante de esta forma de desahucio que a los demandantes en el caso de desahucio por falta de pago de las rentas o cantidades debidas en las que por el Letrado de la Administración de Justicia se señala en el decreto de admisión la eventual vista para el caso de oposición del demandado, lo que agiliza mucho estos procesos (artículo 440 núm. 3, párrafo 3 de la LEC). Ni se advierte al demandado que en caso de no comparecer a la vista se procederá al desahucio sin más (artículo 440 núm. 4 de la LEC).

La vista se celebrará conforme a las reglas generales sin limitación en cuanto a los medios de prueba, porque no hay ninguna especialidad sobre el particular. Lo que sí está limitado es el objeto de la

prueba para el demandado: la existencia de título suficiente por su parte o la ausencia de título por el actor.

Otra especialidad es que la sentencia estimatoria de la demanda permite su inmediata ejecución, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548 de la LEC (artículo 444 apartado 1 bis de la LEC). Es evidente que hay que esperar a la firmeza de la sentencia, pues no está excluida del recurso de apelación, opción por la que pudo decantarse el legislador. Lo que se ha pretendido es que una vez firme, pueda ejecutarse inmediatamente, sin la necesidad del plazo de espera de veinte días establecido para posibilitar el cumplimiento voluntario de la sentencia. De ordinario no será necesaria la ejecución porque se habrá acordado de forma cautelar la inmediata entrega de la vivienda.

La sentencia no tendrá efectos de cosa juzgada (artículo 447 núm. 2 de la LEC).

BIBLIOGRAFÍA

- *“El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas”*. Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN. Diario La Ley, NÚM. 9264, Sección Tribuna, 21 de Septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

- *“Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas”* José Miguel JIMÉNEZ PARÍS. Diario La Ley, Núm. 9262, Sección Doctrina, 19 de Septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

- *“Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas”*. María Jesús ARIZA COLMENAREJO. Diario La Ley, Núm. 9245, Sección Tribuna, 24 de Julio de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

- *“El nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilegal de vivienda”*. Alejandro FUENTES-LOJO RIUS. Revista de derecho inmobiliario, núm. 65, julio de 2108.

- *“¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los "okupas" en España?”* Alberto TORRES LÓPEZ. Opinión, junio 2018 Editorial Sepin.

- *“Breves comentarios a la reforma procesal aprobada por las Cortes para paliar el problema de la ocupación ilegal de un bien inmueble”*. Vicente PÉREZ DAUDÍ y Jesús SÁNCHEZ GARCÍA. Diario La Ley, Núm. 9213, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

- *“La inminente reforma civil y penal en materia de «okupación» de inmuebles”*. Vicente MAGRO SERVET. Diario La Ley, Núm. 9204, Sección Doctrina, 24 de Mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

- *“La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7. ° LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación”*. Ignacio LÓPEZ CHOCARRO. Diario La Ley, Núm. 9204, Sección Tribuna, 24 de Mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

- *“La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble”*. Vicente PÉREZ DAUDÍ y Jesús SÁNCHEZ GARCÍA. Diario La Ley, Núm. 9008, Sección Documento on-line, 26 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

- *“La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado”*. Guillermo RUIZ BLAY. Diario La Ley, Núm. 8429, Sección Dossier, 26 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.

- *“Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos. ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los*

enganches ilegales de luz a vecinos? Vicente MAGRO SERVET. Diario La Ley, Nº 8225, Sección Tribuna, 9 de Enero de 2014, Año XXXV, Ref. D-8, Editorial LA LEY.

AJFV