



Roj: **AAP M 1380/2016** - ECLI: **ES:APM:2016:1380A**

Id Cendoj: **28079370082016200261**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **01/12/2016**

Nº de Recurso: **975/2016**

Nº de Resolución: **442/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JESUS GAVILAN LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

C/ Ferraz 41, Planta 1ª -28008-

37007750

251658240

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0132215

Recurso de Apelación 975/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid

Autos de Juicio verbal (Desahucio falta pago - 250.1.1) 821/2016

APELANTE: BANKIA S.A.

PROCURADOR:Dña. ELENA MARTÍNEZ DE MIGUEL

AUTO Nº 442/16

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ

D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

Dª. LUISA Mª HERNÁN PÉREZ MERINO

En Madrid, a uno de Diciembre de dos mil dieciséis. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Verbal Desahucio Falta Pago nº 821/16, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, siendo parte, como demandante-apelante, **BANKIA S.A.**, representada por la Procuradora Dña. Elena Martínez de Miguel.

VISTO, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, en fecha cinco de septiembre de dos mil dieciséis, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"La INADMISIÓN A TRÁMITE de la demanda de proceso verbal formulada por la Procuradora Sra. Martínez de Miguel en la representación que ostenta, contra los demandados en el encabezamiento expresados, debiendo procederse al archivo de las presentes actuaciones."



SEGUNDO.- Contra el referido auto se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, que fue admitido, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO. - No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día treinta de noviembre de dos mil dieciséis.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

No se aceptan los Fundamentos de Derecho del Auto de instancia.

PRIMERO .- Antecedentes y objeto del recurso .-

1.- El Auto apelado trae causa de la acción ejercitada por Bankia S.A. contra los actuales e ignorados ocupantes de la c/ Juan del Risco nº 52, Planta Baja Puerta 2, Finca Registral nº 25.799 Madrid 28039, en juicio verbal donde se ejercita acción de desahucio por precario. El hecho que origina la demanda es la posesión material, ilícita, sin título y sin pago de contraprestación alguna por parte de un número indeterminado de personas, en la vivienda titularidad de la actora, al tiempo de la presentación de la demanda. Por todo lo anteriormente expuesto, se solicita dictar sentencia, estimando la demanda, declarándose el desahucio por precario condenando a los demandados expresamente a las costas del procedimiento

El Auto de 5 de Septiembre de 2016 , inadmitió a trámite la demanda, puesto que no se identificaba debidamente a la persona o personas contra las que se pretendía interponer la demanda al amparo del artículo 399.1 y 403.1 de la LEC ; se argumenta igualmente no haber realizado la entidad actora gestiones al efecto, no constar haberse producido denuncia o informe policial al respecto, ni las diligencias preliminares a que se refiere el artículo 256 de la LEC .

2.- El recurso planteado por la representación procesal del BBVA, S.A. se fundamenta, a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición, en la infracción de los artículos 399.1 y 437 de la LEC .

Se solicita la revocación del Auto, dictando otro por el que se admita a trámite la demanda.

SEGUNDO .- Motivo primero del recurso: Infracción de los artículos 399.1 y 437 de la LEC .

1.- **Doctrina y jurisprudencia y cambio de criterio de esta Sala** .- Como ha tenido ocasión esta Sala en Auto de fecha 27 de octubre de 2016, Rollo de apelación nº 816/16 , citando el reciente Auto de esta AP Madrid, sec. 14ª, A 26 de abril de 2016, nº 124/2016, rec. 61/2016 <<... El auto que es objeto de recurso inadmite a trámite la demanda presentada contra don Carlos Ramón , y contra "los ocupantes desconocidos " de la vivienda sita en Navalcarnero, en la que se solicitaba la condena de los demandados a perturbar los derechos ostentados por la actora sobre dicho inmueble, en concreto a hacer uso directo, indirecto o en su beneficio de la vivienda, requiriéndoles para su desalojo bajo apercibimiento de lanzamiento. Razonaba la expresada resolución que la interposición de demanda sin identificación de los ocupantes del inmueble no es el cauce procesal adecuado a obtener su identificación y procurar su condena, pudiendo utilizarse al efecto las diligencias preliminares, y considerando que el art. 437.1 L.E.c . exige que en la demanda se expresen los datos y circunstancias de identificación del demandado, así como el domicilio en que hubiere de ser citado; en tanto que el art. 137 del Reglamento Hipotecario establece que deberá designarse el nombre, apellidos y domicilio del opositor o perturbador del derecho del actor.

Frente al expresado pronunciamiento interpone recurso de apelación la alegando que la resolución impugnada vulnera el art. 10 L.E.C ., que atribuye la condición de parte legítima al titular de la relación jurídica litigiosa, sin más exigencias. Que en el presente caso se practicaron las diligencias preliminares a que se refiere el auto apelado, con el resultado de identificar exclusivamente a uno de los ocupantes del inmueble, don Carlos Ramón , no así a los restantes, frente a los que solo cabe accionar sin mención de su identidad. En otro supuesto, se denegaría la tutela judicial procurada por el art. 41 LH . A mayor abundamiento, la identificación y citación de los eventuales ocupantes de la vivienda conduciría a la necesaria suspensión del juicio ante el previsible cambio de ocupantes sobrevenido a la fecha de su celebración. Que no concurre ninguna de las causas de inadmisión contempladas en el art. 439 L.E.C .

SEGUNDO.- Sobre la cuestión planteada comparte esta Sala el criterio establecido en Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27.Nov.2012, Sección 10ª, a cuyo tenor "Nos hallamos ante dos situaciones



merecedoras de la tutela judicial, la de quien habiendo sido despojada de la posesión de un bien inmueble de su propiedad quiere recuperarla frente a quien, sin título y por un acto de fuerza, la ocupa ilegítimamente, y la de éste a obtener la posibilidad de ser oído en el procedimiento en que se va a dirimir el derecho del propietario a detentar la posesión material de la vivienda que le pertenece; sin embargo, existen disimilitudes esenciales, una, que el propietario se ve forzado a tener que recuperar la posesión de la que ha sido privado sin su consentimiento, mientras que el detentador sin título se ha puesto voluntariamente en tal situación, y la otra, que la posibilidad de que el demandado obtenga la referida tutela judicial solo depende de su voluntad, pues basta que se identifique correctamente en el acto de llevarse a cabo su citación o emplazamiento en la forma que se preceptúa en los artículos 155 y 158 en relación con el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reciba la copia de la resolución o la cédula, disponiendo, en todo caso y en su defecto, de la ocasión del conocer la existencia del procedimiento y defenderse en su seno a través de la citación edictal regulada en el artículo 164 de la misma Ley, al fijarse copias de aquéllas no solo en la oficina judicial sino en la vivienda ocupada sin título, por así haberse solicitado en la demanda"

Declara esa misma resolución que "Efectivamente el artículo 437.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en la demanda que de principio al procedimiento se consignaran los datos y circunstancias de identificación del demandado o demandados y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados; pero tampoco puede ignorarse la gran dificultad que entraña la tarea de llegar a conocer las circunstancias personales de quienes ocupan sin título, consentimiento o habilitación de sus propietarios, las viviendas, edificios o locales ajenos y a los que, por lo común, acceden mediante el empleo de la fuerza, todo lo cual que nos llevó a declarar en nuestra reciente sentencia de 9 de febrero de 2012 (Recursos 208/2011, Ponente Sr. Zarco Olivo) "que cuando se demanda a un colectivo integrado por personas desconocidas que, por la propia composición de los grupos ocupantes, sufren constantes modificaciones (caso de los "ocupas" o en grupos análogos), no puede exigirse al demandante que dirija su acción contra todas las personas que hayan podido ocupar la vivienda en un momento determinado de modo que, resultando inviable la determinación de las personas o grupos que al tiempo de presentar la demanda integraban el colectivo de ocupantes de la vivienda objeto de la litis, únicamente cabría exigir a la actora la precisión de la demandada por la única información de que podría disponer en aquel momento". Y añadimos que "el hecho de que durante el juicio se acredite la concurrencia de otras asociaciones y personas físicas que, al igual que la asociación ahora recurrente, ocupasen el inmueble en situación de precario no impide apreciar el cumplimiento de los requisitos de exhaustividad y congruencia que para las sentencias exige el antedicho artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La imposibilidad material de conocer las asociaciones y personas físicas que ocupaban en la finca al tiempo de presentar la demanda y que incluso han accedido a ella a lo largo del presente procedimiento, no priva de exhaustividad a la sentencia que acoge los pedimentos de la demanda en relación con la única asociación integrante del colectivo que se conocía y que, como tal, ha comparecido juicio aceptando su legitimación pasiva". En el mismo sentido, además de las sentencias que se citan en el recurso de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de mayo de 2002 (Sección 4ª) y 13 de julio de 2004 (Sección 13ª), cabe mencionar la de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª) de 30 de septiembre de 2008".

En igual sentido se pronuncia la A.P. Barcelona en A. 1.Jul.2005, declarando que "es doctrina constitucional reiterada (SS. TC. 6/1986, 145/1998 y 115/1999) que el derecho de acceso a la actividad jurisdiccional y a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, al tratarse de un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los requisitos y presupuestos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, razón por la cual también se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se obtiene una resolución que deja imprejuzgada la acción o la pretensión ejercitada en el proceso, si está fundada en la falta de algún requisito o presupuesto procesal legalmente establecido que impida entrar en el fondo del asunto.

Ahora bien, los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que contienen los requisitos y presupuestos procesales evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución (EDL 1978/3879).

En este caso, en la demanda se pretende el desahucio por precario de los ignorados ocupantes del edificio sito en C/ DIRECCION001 NUM004 de Barcelona, propiedad de la demandante, quien como persona jurídica privada carece de la autoridad para proceder a la identificación de los demandados, con nombre y apellidos, según parece serle exigido a la parte actora en la resolución recurrida, cuando para ello precisaría la demandante del auxilio de los poderes públicos, auxilio que no consta que, hasta el momento, le haya sido adecuadamente prestado.

Pero es que, para la admisión a trámite de la demanda en el proceso civil, no es necesaria la identificación del demandado con su nombre y apellidos, según interpreta erróneamente el juzgador de instancia, por no exigir



expresamente la mención del nombre y apellidos los artículos 399,1 , y 437,1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, los cuales se limitan a exigir al actor que consigne en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado.

En este sentido, ha venido siendo doctrina constante y reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1971 , 15 de noviembre de 1974 , y 1 de marzo de 1991 , 4237/1974 , y 1709/1991) que la identidad del demandado se puede buscar por cualquier circunstancia que permita su determinación, bastando la indicación de cualquier circunstancia que permita su identificación, o la concreción e individualización que permita conocer con exactitud aquél contra quien se entabla la acción.

En concreto, en relación con el precario, ha venido siendo doctrina reiterada (Autos de esta misma Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2003 , y 17 de octubre de 2004 , dictados en los Rollos de apelación nº 870/02 y 490/04) que nada obsta a que se demande a personas desconocidas cuando se destaque su relación con el objeto litigioso y se posibilite su comparecencia y defensa, como sucede en este caso en el que se designa el domicilio en que pueden ser citados.

En consecuencia, para que puedan entenderse cumplidos los requisitos de los artículos 399,1 , y 437,1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil , basta que el actor consigne en la demanda los datos y circunstancias de que tenga conocimiento y que puedan permitir la identificación del demandado, bastando en consecuencia en el desahucio por precario la identificación de los ignorados ocupantes demandados por su relación con el inmueble litigioso.

Del mismo modo, no sería posible exigir el nombre y apellidos para la identificación del sujeto pasivo del proceso cuando el demandado es un concebido no nacido, el cual puede ser parte según el artículo 6,1 , 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pudiendo hacerse su identificación únicamente por relación con su madre, por carecer el concebido no nacido de nombre; o cuando demandado es una masa patrimonial carente de titular, la cual puede ser parte según el artículo 6,1,4º, su identificación igualmente podría únicamente hacerse por su relación con su titular anterior; admitiendo igualmente el artículo 6,1 , 7º que puedan ser parte grupos de consumidores o usuarios que no necesariamente deben estar determinados, bastando con que sean fácilmente determinables; o el artículo 16,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) que pueda seguirse el pleito contra los ignorados herederos en rebeldía del demandado fallecido".

Por todo lo cual procede estimar el recurso .>>.

2.- Aplicación al presente caso y justificación del cambio de criterio .- Efectivamente, esta Sala en resoluciones de fecha 27 de octubre de 2016, Rollo de apelación nº 816/16, 29 de Septiembre de 2015, Rollo de Apelación nº 504/15, 29 de Septiembre de 2015, ha modificado su criterio plasmado en el Auto de 23 de Julio de 2014, Recurso de Apelación nº 303/2014, a partir de la realidad social y la naturaleza del proceso civil, pues las diligencias preliminares se encuentran abocadas por lo general a un resultado igualmente negativo, como en el supuesto de intervención de la jurisdicción penal, pues aparte de los asumidos y extensos argumentos transcritos de la citada resolución de esta Audiencia Provincial, Sección 14ª, de 26 de abril de 2016 , nº 124/2016, rec. 61/2016, antes reseñados, como decíamos también en el presente caso <<...se ha manifestado por la demandante el agotamiento de esas gestiones al efecto, sin que pueda exigirse una heroica conducta en orden a pretender que sean los propios afectados de esa posible ocupación ilegal los que comparezcan en el propio domicilio para indagar tales extremos; por otra parte, la denuncia penal nada aporta, pues por la propia dinámica y experiencia en la esfera penal, de los que ocupan ilegalmente esas viviendas, determina que la mera invocación de una relación contractual incluso verbal, no olvidemos la libertad de forma al respecto, puede provocar la inmediata paralización de tal proceso, aún en su fase inicial, y de ahí que, salvo casos patentes o flagrantes, sea finalmente la jurisdicción civil la que ponga remedio a tales hechos, por lo que tal interpretación, cierra ciertamente un círculo plenamente favorable al ocupante, en perjuicio del titular de un derecho que ha sido manifiestamente vulnerado, y sin que tales actuaciones de eficacia legal puedan confundirse con los problemas sociales que a veces subyacen en esas situaciones, y que también deben ser tuteladas, pero eso, naturalmente, corresponde plantearlo y solucionarlo dentro del ámbito que también existe en nuestro Estado de Derecho, cuales son los propios servicios sociales en la distinta esfera administrativa, de los que constan sus recursos y actuación permanente.

La propia LEC en su artículo 704 prevé expresamente el supuesto de ejercicio de acciones contra ocupantes de inmuebles que deban ser entregados a sus legítimos propietarios, sin necesidad de identificarlos previamente.

Para concluir, el argumento de la resolución de instancia atinente a que la sentencia que recayese devendría ineficaz por la posibilidad de nuevos ocupantes, se vuelve precisamente contra el Juzgado, pues es obvio que la estimación en su caso de la demanda permite que cualquier ocupante previo o posterior sea desalojado legítimamente, lo que evita el trasiego intencionado o no de ocupantes para obstaculizar la acción de la justicia, y, en todo caso, siendo esto lo importante, como dice la anterior doctrina y jurisprudencia, nada obsta a que



se demande a personas desconocidas cuando se destaque su relación con el objeto litigioso y se posibilite su comparecencia y defensa, como sucede en este caso en el que se designa el domicilio en que pueden ser citados.>>.

Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la estimación del recurso, revocando el Auto dictado.

TERCERO .- Costas de esta alzada .-

No se imponen a ninguna parte por la estimación del recurso, al amparo del artículo 398 de la L.E.C .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Que debemos **ESTIMAR** el recurso interpuesto por la representación procesal de **BANKIA S.A.** , **REVOCANDO** el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid en fecha cinco de septiembre de dos mil dieciséis , autos de Juicio Verbal (Desahucio Falta de Pago) nº 821/16, **dictando otro en su lugar por el que "se acuerda dar a las actuaciones su curso legal, admitiendo a trámite la demanda, y emplazando a los demandados en los términos solicitados por la demandante"**, sin especial pronunciamiento en costas de esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por BANKIA S.A., de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario ni extraordinario alguno de acuerdo con el artículo 477 de la LEC .

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- El anterior Auto fue hecho público por los Magistrados que lo han firmado. Doy fe. En Madrid, a