Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 25/10/202

Nº de Recurso: 741/2021

Nº de Resolución: 719/2021

Procedimiento: Recurso de casación

Ponente: JUAN MARIA DIAZ FRAILE

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 90/2020, de 9 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal n.º 792/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid, sobre desahucio.

Es parte recurrente D. Lorenzo, representado por la procuradora D.ª Azucena Sebastián González y bajo la dirección letrada de D.ª Alba García Santos.

Es parte recurrida Buildingcenter, S.A.U., representada por el procurador D. Javier Segura Zariquiey y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Ramia de Cap Pérez-Manglano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de Buildingcenter, S.A.U, interpuso demanda de desahucio

por precario frente a los ignorados ocupantes del inmueble sito en la CALLE000, n.º NUM000, de Madrid, en la que solicitaba:

"[...] tenga por promovido el correspondiente juicio verbal de desahucio por precario frente a los ignorados ocupantes del inmueble sito en la CALLE000 n.º NUM000, de Madrid, se acuerde el traslado de las copias con citación de los demandados en el domicilio expresado y, en su momento, se dicte Sentencia por la que, estimando íntegramente la presente demanda, se declare haber lugar al desahucio por precario, condenando expresamente a los demandados en las costas causadas".

2.- La demanda fue presentada el 31 de mayo de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid, fue registrada con el n.º 792/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Mónica Izquierdo Pedrero, en representación de D. Lorenzo, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid dictó sentencia n.º 78/2019, de 28 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y ESTIMO la demanda interpuesta por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter en nombre y representación de la BUILDINGCENTER, S.A.U, contra IGNORADOS OCUPANTES de la CALLE000, N.º NUM000 de MADRID, compareciendo en autos la procuradora D.ª. Mónica Izquierdo Pedrero, en nombre y representación de D. Lorenzo, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud declaro haber lugar al desahucio por precario respecto al inmueble ya referido, condenando a la parte demandada a desalojar el referido inmueble, dejándolo libre de ocupantes y, en su caso, enseres, bajo apercibimiento, de no verificarlo, de proceder a su lanzamiento y a su costa.

"Con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales de esta instancia, si se hubieran devengado, de las que no se hará exacción, en relación al demandado compareciente, al ser titular del derecho de Justicia Gratuita, salvo que viniera a mejor fortuna dentro del término establecido en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Lorenzo. La representación de Buildingcenter, S.A.U. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 476/2019 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 90/2020, de 9 de marzo, cuyo fallo dispone:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Lorenzo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª

Instancia N.º 71 de los de esta Villa, en sus autos N.º 792/2018, de fecha veintiocho de marzo de dos mil diecinueve, corregida por auto de veintitrés de abril de dos mil diecinueve.

CONFIRMAMOS dicha resolución, e IMPONEMOS las costas de esta alzada al recurrente".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación 1.- La procuradora D.ª Azucena Sebastián González, en representación de D. Lorenzo, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO.- Al amparo del art. 469.1.3.º por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, por vulneración de los arts. 5.2, 12, 166.1.º, 149.2.º, 225.3.º, 227.1.º, 437.1.º y 399 de la LEC, al no haberse dirigido la acción contra todas las personas debidas, habiéndose desestimado indebidamente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario propuesta por esta parte.

"SEGUNDO.- Al amparo del art. 469.1.2° de la LEC, se alega la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia. En concreto, se invoca la vulneración del artículo 218 LEC al no haberse pronunciado la Sentencia dictada sobre la aplicación al caso de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, y del Real Decreto 5/2017 de 17 de marzo, por los que se adoptan medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que confieren un derecho de uso a los deudores hipotecarios que se han visto privados de su vivienda, siempre que se encuentren en la situación de vulnerabilidad que la norma define, lo que impide que pueda prosperar un desahucio por precario".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO.- Al amparo del número 3° del apartado 2 del art. 477 LEC, esto es, por la existencia de interés casacional, por tratarse de un supuesto en el que se infringen, AL NO APLICARSE, normas que no llevan más de cinco años en vigor, no existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

"SEGUNDO.- Al amparo de lo previsto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del art. 24 de la Constitución Española, ya que la Sentencia impugnada incurre en un error patente o arbitrariedad que priva a mi mandante del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Privándole de los derechos que como deudor hipotecario tenía reconocidos. E infringiéndose, el derecho de toda persona a una vivienda adecuada reconocido en el art. 47 Constitución Española y la prohibición de desalojos arbitrarios, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el Convenio de los Derechos del Niño y, todos tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno tal y como reconocen los arts. 96.1 y 10.2 CE".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de mayo de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Buildingcenter, S.A.U. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de octubre de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen deantecedentes Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

1.- El 20 de enero de 2006, D. Lorenzo y D.ª Clara y Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (después, Caixabank) celebraron un contrato de crédito con garantía hipotecaria sobre la vivienda de propiedad de los acreditados sita en Madrid, CALLE000 n.º NUM001, que habían adquirido en la misma fecha con carácter ganancial.

2.- Ante el impago de diversas cuotas de aquel crédito, Caixabank presentó demanda de ejecución hipotecaria sobre la finca objeto de la garantía, finca que, tras la celebración de subasta judicial, fue adjudicada mediante decreto de 14 de mayo de 2013 a la ejecutante, quien cedió el remate a su participada Buildingcenter, S.A.U.

el 11 de junio siguiente. No consta la entrega de la posesión de la finca a la cesionaria conforme a lo previsto en el art. 675 LEC.

3.- El 31 de mayo de 2018 Buildingcenter, S.A.U., interpuso demanda de juicio verbal de desahucio contra los ignorados ocupantes de aquella vivienda, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declarase haber lugar al desahucio por precario.

4.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda y, en consecuencia, declaró haber lugar al desahucio por precario respecto al referido inmueble, y condenó a la demandada a desalojarlo, dejándolo libre de ocupantes, bajo apercibimiento, de no verificarlo, de proceder a su lanzamiento. Argumentó que de lo actuado se deduce que "la actora es dueña de la finca ocupada por los ignorados demandados, quienes carecen de título que justifique la ocupación del inmueble".

5.- El Sr. Lorenzo recurrió la sentencia, y la Audiencia desestimó la apelación. En su sentencia desestimó la alegación del apelante sobre el litisconsorcio pasivo necesario con la siguiente fundamentación:

"[...] el litisconsorcio necesario parte de la existencia de un título jurídico que vincule a los litigantes, y cuya validez [sic]. Vigencia y eficacia deba deducirse necesariamente contra todos los demandados conjuntamente.

Ese título no existe en este caso. Los demandados eran deudores hipotecarios de Caixabank, que ejecutó la hipoteca por impago, y en esa ejecución, la venta en pública subasta y adjudicación de la finca por el acreedor, conlleva la ineficacia del título del ejecutado; ya no es dueño de la finca. 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. Solo son poseedores de mala fe del Art. 433 C.C.

En estas condiciones, el actor cesionario del remate es un tercero ajeno a los demandados con los que carece de relación jurídica alguna que les vincule o les hubiera vinculado en el pasado, y que puede mantener que los demandados son ocupantes de hecho de la vivienda sin título".

6.- El Sr. Lorenzo ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en dos motivos, y otro de casación, basado también en otros dos motivos, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo.

1.- El motivo se formula al amparo del art. 469.1.3.º LEC y se basa en la denuncia de la "infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, por vulneración de los arts. 5.2, 12, 166.1.º, 149.2.º, 225.3.º, 227.1.º, 437.1.º y 399 de la LEC, al no haberse dirigido la acción contra todas las personas debidas, habiéndose desestimado indebidamente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario propuesta por esta parte".

2.- En su desarrollo se argumenta que la demanda debe dirigirse contra aquéllos a quienes afecte la concreta tutela judicial solicitada por el actor, debidamente identificados.

Sin embargo, en el caso, con evidente mala fe y abuso de derecho, se ha demandado a los "ignorados ocupantes" de un inmueble, de quienes se ha dicho no conocer sus circunstancias, para tratar de desahuciar a unos ocupantes que eran perfectamente conocidos, pues eran los deudores hipotecarios contra los que se dirigió el previo procedimiento de ejecución hipotecaria, pretendiéndose con esta maniobra impedir la aplicación de la normativa dictada en defensa de los deudores hipotecarios especialmente vulnerables. La demandante, que adquirió el inmueble como consecuencia de esa ejecución, conocía o debía conocer quienes ocupaban la vivienda y la condición en la que la estaban ocupando. Estos ocupantes eran el demandado comparecido, D. Lorenzo, y su esposa, D.ª Clara, deudores hipotecarios ejecutados. Ambos debían tener la consideración de sujetos pasivos de la acción ejercitada por Buildingcenter SAU, siendo evidente que D.ª Clara tiene el mismo derecho y el mismo interés en defenderse que su marido. En consecuencia, considera que la Audiencia debió haber apreciado la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, a fin de que pueda constituirse correctamente la relación jurídica procesal, de conformidad con el artículo 12 de la LEC, garantizando el derecho de la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.

TERCERO.- Decisión de la sala. Litisconsorcio pasivo necesario en un juicio de desahucio por precario.

Estimación.

1.- Con carácter general, el art. 5.2 LEC prescribe que las pretensiones de la demanda se formulen ante el Tribunal competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida. Y el art.12.2 LEC establece que "cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa". Por tanto, cuando el objeto del juicio deba hacerse valer frente a varios sujetos conjuntamente, todos ellos habrán de ser demandados.

2.- Esta sala en sentencia núm. 384/2015, de 30 de junio, con cita de otras anteriores, declaró que para la existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario se exigen conjuntamente los siguientes requisitos:

"a) nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; b) que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y

paritario; y c) que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor".

Y añadió lo siguiente:

"la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa".

3.- En el mismo sentido advertimos en la sentencia 672/2017, de 15 de diciembre, que salvo algunos casos en que el litisconsorcio viene impuesto legalmente, lo más habitual es que el litisconsorcio provenga de la relación de derecho material que se va a dirimir en el proceso, que es a lo que se refiere el precepto transcrito cuando habla de lo que sea objeto de juicio. En estos casos, el fundamento del litisconsorcio necesario hay que buscarlo en "la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico-materiales respecto de las cuales, independientemente de cuál haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerse frente a varias personas".

Así lo impone la naturaleza de la relación jurídica establecida entre las partes de la que traiga causa el litigio, y el principio general de derecho que establece que nadie pueda ser condenado sin ser oído, hoy de rango constitucional en virtud del art. 24.2 de la Constitución (sentencia 898/2015, de 22 de noviembre).

4.- En el caso, se ha decidido inaudita parte de D.ª Clara, que tiene un interés directo y no reflejo en la decisión.

La vivienda a que se refiere la acción de desahucio ejercitada en este procedimiento fue adquirida por los cónyuges D. Lorenzo y D.ª Clara, con carácter ganancial, por compra formalizada en escritura pública el 20 de enero de 2006. Esta finca fue hipotecada a favor de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (después, Caixabank) en garantía de un préstamo de 200.000 euros que resultó impagado, lo que provocó su realización forzosa en procedimiento de ejecución hipotecario seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 31 de Madrid.

En este procedimiento recayó decreto de 14 de mayo de 2013 por el que se aprobaba el remate de la finca a favor de Caixabank por la suma de

127.948 euros (inferior a la deuda reclamada), que a su vez cedió el remate a Buildingcenter. La cesionaria no instó la entrega de la posesión por el cauce del art. 675 LEC y, en su lugar, el 31 de mayo de 2018 formuló demanda de desahucio por precario. Durante el periodo intermedio entre la aprobación del remate y la presentación de la demanda rectora de este procedimiento los Sres. Lorenzo y Clara han continuado pagando los gastos de la comunidad de propietarios a la que pertenece la vivienda de la que son ocupantes (comunidad de la que forma parte la demandante como propietaria de esa vivienda).

5.- Una abundante jurisprudencia ha definido el precario como "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" (sentencias 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre;

545/2014, de 1 de octubre, y 134/2017, de 28 de febrero).

Existe el precario: (i) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario (SSTS de 3 de diciembre de 1.958 y 30 de octubre de 1.986, entre otras). Por tanto, como declaramos en la sentencia 691/2020, de 21 de diciembre, la institución del precario "no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente (...), sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor (sentencias de 13 de febrero de 1.958, 30 de octubre de 1.986 y 6 de noviembre de 2008)".

6.- En la presente litis, no es objeto de controversia el título de propiedad del demandante, ni la correlativa pérdida del dominio de los demandados sobre la vivienda, como consecuencia de su transmisión forzosa derivada del procedimiento de ejecución hipotecaria. Sin embargo, en las instancias se alegó por la parte demandada el derecho de uso que le correspondería sobre la misma vivienda ejecutada en virtud de la suspensión de los lanzamientos regulada en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificada por el Real Decretoley 5/2017, de 17 de marzo (que prorrogó hasta 7 años aquella suspensión), alegación que reproducen ahora en sede casacional con apoyo en la idea de que aquel derecho es título suficiente para enervar el derecho a obtener la posesión del inmueble por parte de la propietaria demandante.

7.- Sobre la naturaleza jurídica del derecho a mantener la ocupación de la vivienda durante ese periodo temporal, que para el deudor ejecutado resulta de la correlativa suspensión del derecho del adjudicatario a obtener la posesión del inmueble, se han sostenido distintas tesis. Como declaramos en la sentencia 502/2021, de 7 de julio, "[...] Esta suspensión constituye, por tanto, una medida procesal que afecta a la ejecución del lanzamiento de los ocupantes sin título (los propietarios ejecutados perdieron el dominio de la finca como consecuencia de su adquisición por el adjudicatario en la subasta). 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 "coposesión") y, en consecuencia, el ejecutado conserva durante ese tiempo el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda. No constituye una situación meramente tolerada por el adjudicatario, en la medida en que no tiene su fundamento en su consentimiento; la situación posesoria se mantiene temporalmente a favor del ejecutado aun sin o incluso contra la voluntad del adjudicatario, que tiene el deber jurídico de soportarlo. No se trata de un "mero o simple hecho de poseer" (art. 5 LH)".

8.- No corresponde a este momento procesal enjuiciar si los deudores ejecutados que perdieron el dominio de su vivienda tienen derecho a solicitar y obtener la suspensión del lanzamiento prevista en las citadas normas (posteriormente modificada por el RDL 6/2020, de 10 de marzo, que prolongó de nuevo el posible periodo de suspensión hasta un total de once años) por cumplir las condiciones subjetivas, objetivas y temporales legalmente requeridas. Pero sí procede reparar en que en la relación jurídico-material debatida (la suspensión temporal del derecho del adjudicatario, o cesionario del remate, a obtener la posesión del inmueble y la correlativa situación del ejecutado que "conserva durante ese tiempo el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda") tenía el mismo interés D. Lorenzo que su cónyuge D.ª Clara, que no fue emplazada ni oída en el procedimiento.

En ambos casos era un interés directo y no reflejo, derivado de la misma y única relación jurídico-material, que constituía objeto del litigio, pues en el juicio de desahucio por precario el éxito de la acción depende, entre otros extremos, de "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" (sentencias 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, de 1 de octubre, y 134/2017, de 28 de febrero), siendo así que la falta de ese título justificativo de la posesión estaba en el centro del debate en las instancias.

9.- Este defecto procesal no pueden entenderse salvado por el hecho de que la demanda se hubiera formulado contra "los ignorados ocupantes" del inmueble. El art. 399 LEC exige que en la demanda se consignen los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado (o demandados), Por su parte, el art. 166.1 LEC sanciona con nulidad "los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto

en este capítulo y pudieren causar indefensión", si bien en su párrafo segundo convalida la eficacia de tales actos "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".

La demandante pretende ampararse en el art. 437 LEC 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. Y a tal efecto, argumenta la "gran dificultad que entraña la tarea de llegar a conocer las circunstancias personales de quienes ocupan sin título... viviendas, edificios o locales ajenos sin que se pueda exigir que el demandante dirija su acción contra todas las personas que hayan podido ocupar la vivienda en un momento determinado". Y añade que únicamente cabría exigir a la demandante "la precisión de la demandada por la única información de que podría disponer en aquel momento" y que "la vinculación con el objeto del proceso permite determinar contra qué personas se dirige la acción".

10.- Estos argumentos resultan inanes en un caso como el presente en el que la demandante, cesionaria del remate y participada íntegramente por la acreedora adjudicataria en el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido conjuntamente contra D. Lorenzo y su cónyuge D.ª Clara, conocía o debía conocer por su participación en aquel procedimiento quiénes eran los deudores ejecutados, que además han venido pagando las cuotas de comunidad de la vivienda que han seguido ocupando. La demandante no podía ignorar razonablemente estos datos aplicando una mínima diligencia.

Además, la mención que hace la demandante al contenido del art. 437 LEC se refiere a su apartado 2, que tiene por objeto establecer una regulación específica para el caso de los juicios verbales en que el demandante no actúe con abogado y procurador, lo que no es el caso de la demanda rectora de este procedimiento. Finalmente, tampoco resulta aplicable a la litis 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, autoriza que pueda "dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma", norma introducida por la Ley 5/2018, de 11 de junio, que actualizó el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente (cuya constitucionalidad ha sido reconocida en STC 32/2019, de 28 de febrero), 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.

11.- Por tanto, la omisión en la demanda de los datos identificativos de D.ª Clara y su sustitución por la genérica mención de "ignorados ocupantes" constituye un defecto procesal que, además, no permite tener por subsanada la infracción derivada de la falta de apreciación en las instancias del litisconsorcio pasivo necesario, que constituye un presupuesto procesal de orden público (sentencia 77/1986, de 12 de junio), que puede ser estimado, incluso de oficio, en cualquiera de las fases del procedimiento (sentencias 4 de julio de 1994; 22 de julio de 1995; 5 de noviembre de 1996; 271/2008, de 17 de abril y 664/2012, de 23 de noviembre).

Como afirma la sentencia 664/2012, de 23 de noviembre, "de concurrir el defecto, no precluye la posibilidad de que sea apreciado, incluso de oficio en fase de casación, pues al ser una cuestión de orden público, la defectuosa constitución de la relación procesal impide la decisión sobre el fondo del litigio (sentencia 400/2012, de 12 de junio; entre otras).

Todo ello en relación con el deber que pesa sobre los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de la relación jurídica procesal, a fin de garantizar el derecho a la defensa de quienes sean o puedan ser parte en dicho proceso y, muy en particular, la inexcusable observancia del principio de contradicción, sobre el que se erige el derecho a ser oído.

12.- Al no haber tenido D.ª Clara la oportunidad de haber sido oída en el procedimiento, porque la demanda no se dirigió contra ella, como era preceptivo, hay que declarar la nulidad de la sentencia. En supuestos como el presente en el que se ha llegado a la fase de sentencia, en ambas instancias, se ha de facilitar la subsanación de la omisión de audiencia y contradicción mediante la retroacción de las actuaciones. Para que así sea, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de retrotraer las actuaciones al momento procesal de la audiencia previa (en el caso de los juicios verbales, al momento del acto del juicio), para, mediante el emplazamiento de los que debieron intervenir, subsanar el defecto (sentencia 28 de junio de 2012). Así lo mantuvo también esta sala en la sentencia 672/2017 de 15 diciembre, con abundante cita de otras sentencias.

13.- En virtud de lo expuesto procede retrotraer las actuaciones a la fase del acto del juicio para, con estimación del litisconsorcio, proceder por el juzgado conforme a derecho (arts. 443.2 y 420.3 LEC), en el entendimiento de que si se ampliase subjetivamente la demanda será sin perjuicio de mantener la validez de los actos independientes de aquél procedimiento o cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción, de conformidad con lo previsto en el art. 230LEC.

14.- Al haber sido estimado el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, en los términos anteriores, no resulta necesario

entrar a examinar el motivo segundo de ese recurso, ni procede examinar el recurso de casación.

CUARTO.- Costas y depósitos 1.- No procede hacer expresa imposición de las costas de los recursos interpuestos, al haberse admitido el de infracción procesal, sin necesidad de examinar el de casación, de conformidad con los arts. 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Lorenzo contra la sentencia n.º 90/2020, de 9 de marzo, dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 476/2019.

2.º- Anular y casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el preceptivo emplazamiento de D.ª Clara, a la que se dará copia de la demanda para que conteste.

3.º- No imponer las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.º- Devolver al recurrente los depósitos constituidos para interponer los recursos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.