



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA OCUPACIÓN ILEGAL DE BIENES INMUEBLES

Autor: Germán César Aguilera Chico

5º E3 A

Derecho Civil

Tutor: Rosa María de Couto Gálvez

Madrid

Abril 2021

RESUMEN

La ocupación ilegal de bienes inmuebles es un hecho que, lejos de estar controlado en España, ha ido aumentando año a año y sobre el que, a pesar de las numerosas interpretaciones jurisprudenciales, modificaciones legislativas, creaciones de nuevos cuerpos legales, etc. llevadas a cabo, parece no haberse encontrado en el ordenamiento jurídico solución eficaz que efectivamente disuada a sus comitentes, otorgando mayor seguridad jurídica al perjudicado y a la sociedad en general. Se tratará en este artículo de analizar esta situación en la actualidad, las diferentes alternativas procedimentales a las que el propietario despojado del bien inmueble puede acudir para recuperar su situación posesoria, las causas de la lentitud de la recuperación del inmueble y las sugerencias de modificación que doctrina y jurisprudencia han propuesto. Para ello se procederá al estudio de la legislación vigente, jurisprudencia, manuales de derecho y artículos doctrinales sobre la cuestión elaborados por juristas de reconocida competencia. Al finalizar el estudio se obtienen dos principales consecuencias, una de corte material y otra de corte estructural: fracaso de las modificaciones legislativas llevadas a cabo con el fin de acelerar el proceso de recuperación posesoria de los bienes inmuebles y notable lentitud en el dictado de sentencia que ordene el desalojo de los ilegales ocupantes y en la ejecución de esta. Supone la ocupación ilegal de bienes inmuebles un grave problema al que no se ha encontrado solución realmente eficaz en la actualidad.

Palabras clave: *ocupación ilegal, posesión, bienes inmuebles, vivienda, interdicto de recobrar la posesión, propiedad privada.*

ABSTRACT

The illegal occupation of real estate is a fact that, far from being controlled in Spain, has been increasing year by year and, despite the numerous interpretations in case law, legislative modifications, the creation of new legal bodies, etc., it seems that no effective solution has been found in the legal system to effectively dissuade its principals, providing greater legal security to the injured party and to society in general. This article will attempt to analyse this situation at present, the different procedural alternatives that the dispossessed owner of the property can resort to in order to recover his possessory situation, the causes of the slowness of the recovery of the property and the suggestions for modification that doctrine and jurisprudence have proposed. To this end, a study will be made of current legislation, case law, law manuals and doctrinal articles on the issue written by jurists of recognised competence. At the end of the study, two main consequences are obtained, one of a material nature and the other of a structural nature: failure of the legislative modifications carried out with the aim of accelerating the process of recovering possession of real estate and notable slowness in the issuing of a sentence ordering the eviction of the illegal occupants and in the execution of the sentence. Illegal occupation of real estate is a serious problem to which no really effective solution has been found at present.

Keywords: squatting, possession, real estate, housing, injunction to recover possession, private property.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. CONCEPTOS PREVIOS	3
1. LA OCUPACIÓN COMO MODO ORIGINARIO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CIVIL	3
2. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU VULNERACIÓN EN OCUPACIONES ILEGALES DE BIENES INMUEBLES	4
3. LA POSESIÓN COMO SITUACIÓN DE HECHO O DE DERECHO VULNERADA POR LAS OCUPACIONES ILÍCITAS	5
4. EL PRECARIO Y SU RELACIÓN CON LA OCUPACIÓN ILEGAL DE BIENES INMUEBLES	8
CAPÍTULO II. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA OCUPACIÓN ILEGAL DE BIENES INMUEBLES	12
1. PRECEDENTES A NIVEL EUROPEO	12
2. DESARROLLO DE LA OCUPACIÓN ILEGAL EN ESPAÑA	13
CAPÍTULO III. SITUACIÓN ACTUAL	15
CAPÍTULO IV. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES IMPLICADOS EN EL FENÓMENO DE LA OCUPACIÓN ILEGAL	20
1. PRINCIPALES DERECHOS AFECTADOS POR LA OCUPACIÓN ILEGAL.....	20
1.1 Conflicto entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a una vivienda digna (arts. 33 y 47 CE).....	21
CAPÍTULO V. LEY 5/2018 DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 1/2000 SOBRE LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS	23
CAPÍTULO VI. PROCEDIMIENTOS DE CARÁCTER CIVIL APLICABLES .	28
CAPÍTULO VII. APROXIMACIÓN AL CÓDIGO PENAL Y LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	32
1. DELITOS DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y USURPACIÓN DE BIENES INMUEBLES	32

2. INSTRUCCIÓN N° 1/2020, DE 15 DE SEPTIEMBRE, SOBRE CRITERIOS DE ACTUACIÓN PARA LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DELITOS DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y USURPACIÓN DE BIENES INMUEBLES	36
CAPÍTULO VIII. PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA	39
CAPÍTULO IX. ANÁLISIS DE LA INEFICACIA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE.....	44
1. CARENCIA DE ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE A LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL	44
2. LENTITUD DE LA JUSTICIA EN LA RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTOS.....	47
3. POSIBLES REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE E INTERPRETACIÓN DE LA MISMA POR LOS TRIBUNALES.....	48
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	55

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Evolución de las ejecuciones hipotecarias (% crecimiento 2007-2011).....	15
Figura 2. Evolución del número de denuncias por ocupación ilegal de inmuebles en España.....	16
Figura 3. Número de denuncias por ocupación ilegal de viviendas en España en 2019 y 2020, por comunidad autónoma.	17
Figura 4. Ocupación ilegal de inmuebles entre Enero y Junio de 2020 y su comparativa con el mismo período en 2019.....	18

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

FGE: Fiscalía General del Estado

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LH: Ley Hipotecaria

LSC: Ley de Seguridad Ciudadana

MF: Ministerio Fiscal

RJ: Resolución Judicial

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

ss.: siguientes

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, se ha desarrollado en España un fenómeno que ha ido creciendo velozmente hasta nuestros días, este es la ocupación ilegal de bienes inmuebles.

Tras la crisis inmobiliaria surgida en nuestro país en 2008 y la posterior crisis hipotecaria de 2012, muchas son las viviendas que cada año se quedan vacías fruto de desahucios por falta de pago de cuotas hipotecarias, y sumado al constante incremento del precio de los alquileres, provoca que personas sin recursos suficientes como para comprar o alquilar un inmueble, acaben recurriendo a este tipo de prácticas, perjudiciales para la sociedad y el ordenamiento jurídico español. Relacionado con lo anterior, es preocupante el número de personas sin hogar en España, la FEANTSA (*European Federation of National Organisations working with the Homeless*) publicaba que en torno a 40.000 personas vivían sin hogar en 2019¹.

Por otra parte, este fenómeno se ha visto incrementado por la irrupción de un movimiento de carácter político cuyos integrantes ocupan ilegítimamente diversos bienes inmuebles en señal de protesta contra el sistema y la administración del Estado. Es el conocido como “*Movimiento Okupa*”, actuando este de la mano de mafias y otra serie de organizaciones criminales valiéndose en muchas ocasiones de menores de edad o personas de edad avanzada para justificar su derecho de permanencia y retrasar el desalojo.

La propiedad privada en España constituye uno de los pilares fundamentales de todo el ordenamiento jurídico, quedando establecido en la Constitución española este derecho² y otorgando una especial protección a este mediante el Derecho Registral y demás disposiciones legales relacionadas, como el Código Civil y la Ley Hipotecaria. De modo que el quebranto de este derecho supone un perjuicio para todo propietario de buena fe cuyos derechos se encuentran debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad e incluso puede suponer una vulneración de los derechos fundamentales, pues en numerosas ocasiones la ocupación ilegal de un bien inmueble puede suponer el quebranto del derecho a la inviolabilidad del domicilio³.

¹ Ayuso, E., “Nadie sin hogar”, *El País*, 24 de octubre de 2019. (disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/10/22/3500_millones/1571756654_099827.html; última consulta: 13/01/2021).

² *Vid.*: Art. 33.1 CE

³ *Vid.*: Art. 18.2 CE

En la actualidad, esta cuestión suscita cada vez un mayor problema debido a que el número de viviendas vacías crece exponencialmente cada año y con él, el número de ocupaciones ilegales, conllevando largos procesos que privan al legítimo propietario del poder de disposición de sus bienes durante años y le dejan sin un claro marco de actuación.

En este trabajo se tratará de analizar la situación de esta controversia desde una perspectiva eminentemente Civil, aunque muchos son los ámbitos jurídicos en juego, como el Derecho Penal, Procesal, Administrativo, Urbanístico, etc. dando lugar a una rama común, como es el Derecho Inmobiliario.

Por la relevancia de los bienes inmuebles en la economía española, uno de los activos en los que más invierten los españoles, la metodología de estudio de la cuestión será la siguiente:

Explicación de diversos conceptos relacionados con los bienes materiales (inmuebles en este caso) como son la posesión, precario, propiedad, etc. que ayuden a entender mejor las implicaciones del tema objeto de estudio.

Un breve análisis del marco histórico de la cuestión y su contextualización en la actualidad, al regular el derecho cuestiones de la más pura realidad y deber ser interpretado en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas⁴, por lo que parece adecuado conocer desde un punto de vista sociológico a los individuos que realizan este tipo de prácticas ilegales y que pueden dar pistas sobre los cauces normativos a seguir en caso de emprender acciones legales de cualquier carácter contra ellos.

Un análisis de la normativa, doctrina y jurisprudencia de carácter civil vigente que permita conocer los diversos cauces legales que es posible tomar, la opinión de profesionales jurídicos sobre este fenómeno y la interpretación de Jueces y Magistrados.

Por último, se ofrecerá una conclusión que tratará de proporcionar la solución más adecuada para este problema y/o, si cabe, una explicación de cuáles son las causas y consecuencias de la ineficacia del ordenamiento jurídico a este respecto.

⁴ Cfr. Art. 3.1 CC

CAPÍTULO I. CONCEPTOS PREVIOS

1. LA OCUPACIÓN COMO MODO ORIGINARIO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CIVIL

El concepto de “ocupación” tiene larga trayectoria en lo que a Derecho Civil concierne, tanto es así que ya se empleaba este concepto en el Derecho Romano. En tiempos pasados, la ocupación se presentó como un modo de adquirir con gran relevancia, siéndolo incluso en la actualidad en aquellas sociedades en formación. Sin embargo, en las civilizaciones de carácter más avanzado, como es el caso de España, la ocupación ha pasado a situarse en un segundo plano, cuya razón es el avance de la legislación que atribuye al Estado la propiedad de los bienes abandonados o sin dueño.

Una vez explicada esta primera aproximación al concepto, conviene ofrecer una definición como tal de ocupación. El artículo 609 CC establece a la ocupación como uno de los modos de adquirir la propiedad, basado en la toma de posesión, en el que se debe detectar siempre la voluntad de sujetar la cosa a su poder (vid. Art. 430)⁵. El artículo 610 ofrece una delimitación del concepto estableciendo que *“se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carezcan de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas”*. De este último precepto se pueden sacar dos conclusiones: primera, para que un bien pueda ser ocupado debe de encontrarse dentro del tráfico jurídico, debe de aprehenderse materialmente y debe de haber una intención por parte del ocupante de apropiarse de la cosa; segunda, si nos atenemos a la dicción literal del citado artículo, no se establece a los bienes inmuebles como susceptibles de ser adquiridos por ocupación, a pesar de cumplir las características ya expresadas en la primera conclusión. Este hecho controvertido, se ha solventado por la doctrina estableciendo que la enumeración ofrecida por el art. 610 no es exhaustiva, pudiendo así englobarse a los bienes inmuebles abandonados en este precepto. De todas maneras, esta cuestión queda subsanada en la actualidad gracias a la legislación que atribuye la propiedad de los bienes inmuebles carentes de dueño al Estado⁶.

⁵ Díez-Picazo, L. Gullón, A. “La ocupación”, *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo 1.*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 165.

⁶ *Vid.*: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 de noviembre de 2003).

Por lo expuesto en este epígrafe, cabe concluir que la ocupación como concepto jurídico, presenta poca cabida en el panorama jurídico actual y mucho menos puede plantearse como una de las formas de adquirir la propiedad de un bien inmueble, pues estos siempre van a tener un dueño (amparado por el Registro de la Propiedad o fuera de este si dispone de título y *traditio*) y en caso de no tenerlo, pertenecerían al Estado.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU VULNERACIÓN EN OCUPACIONES ILEGALES DE BIENES INMUEBLES

A lo largo de la historia de la humanidad, el señorío por parte del hombre sobre las cosas ha sido uno de los aspectos más relevantes. La propiedad, no solamente se consagra como una institución jurídica, sino que esta es estudiada por otros ámbitos y campos que a su vez están interrelacionados entre ellos. Estas materias son la economía, sociología, política, etc. En este trabajo nos interesa la definición jurídica de propiedad, la cual no puede ser acuñada sin acudir a los hechos históricos que dieron lugar a tal definición.

Así pues, el artículo 348 CC define la propiedad como *“el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”*. Esta definición bebe del Código Napoleónico, de tremenda influencia burguesa que consagra la libre propiedad fuera de las cargas feudales establecidas por el Antiguo Régimen o la autonomía de la voluntad, entre otros aspectos.

De esta definición, pueden sacarse en claro dos cuestiones: la primera, que la propiedad solo queda limitada por las leyes, lo cual no es del todo cierto en el ámbito inmobiliario, como más tarde se analizará, sino que se refiere más al poder expropiatorio del Estado ante la concurrencia de causa justificada de utilidad pública; la segunda, que el derecho de propiedad se caracteriza por otorgar a su titular tres facultades: gozar, disponer y reivindicar. Sin embargo, que un concepto tan amplio y significativo en todo nuestro ordenamiento jurídico, se sustente sobre tres cuestiones tan simples, ha provocado que la doctrina ofrezca una definición más amplia, *“el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa”*⁷. De este modo, cualquier ocupación por persona no autorizada supondría una efectiva perturbación y limitación del derecho de propiedad sin sustento legal alguno.

⁷ Díez-Picazo, L. Gullón, A. “La propiedad”, *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo 1.*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 138.

Teniendo en cuenta el ambiente social y contexto de nuestro Código Civil, se sobreentiende que las posibles limitaciones al derecho de propiedad, establecidas por las leyes, suponen unas restricciones al dominio, considerado de manera tácita como absoluto. A pesar de ello, conviene destacar que esto ha cambiado en gran medida en el siglo XXI, pues hoy en día se acepta y considera necesaria cierta intervención estatal que promulgue y promueva el beneficio de la comunidad, quedando de esta manera el dominio absoluto limitado en determinadas ocasiones.

En cuanto a la extensión de este derecho de propiedad, cabe mencionar el art. 350 CC, el cual establece que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está por debajo de ella. Además, establece otra limitación, la sujeción a las leyes de minas y aguas y a los reglamentos de policía.

Cabe concluir este apartado mencionando que el Código Civil, dado su carácter regulador eminentemente rústico, no hace referencia a penas a la propiedad urbana como tal. Por ello para averiguar la extensión, definición, características y demás cuestiones sobre la propiedad urbana, que es la que nos ocupa en este estudio, habría que acudir al Derecho Urbanístico, más concretamente a la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

3. LA POSESIÓN COMO SITUACIÓN DE HECHO O DE DERECHO VULNERADA POR LAS OCUPACIONES ILÍCITAS

La posesión no se encuentra definida claramente en ningún texto legal, sin embargo, la doctrina científica ha elaborado una definición pretendiendo aunar las características y efectos de esta que, si bien, encuentra sustento en el art. 438, por el que la posesión sería el *“señorío de hecho o poder de hecho, con contacto o sin él, sobre una cosa que queda bajo la acción de la voluntad de una persona”*.⁸ De la definición de partida se puede observar que para la existencia de la posesión no es necesario el contacto corporal con la cosa; se ha espiritualizado a lo largo de su evolución.

Este concepto resulta relevante a efectos de este trabajo pues propietario y poseedor pueden coincidir, pero no siempre es así. Basta el ejemplo del propietario que concede un derecho de uso de su bien a un tercero (usufructo), el propietario que arrienda una

⁸ Aranda, R. Díaz, M. Rodríguez, M. Mondéjar, M. Pérez, M. *Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo IV.* Aranzadi, Madrid, 2013, p. 2.

vivienda o el caso que nos ocupa, por el cual el legítimo propietario de un bien queda despojado de él por la ocupación de otra persona.

Son dos los elementos que componen la posesión. Estos resultan del Derecho Romano, en el que se otorgaba protección a la posesión, pero no a la mera detentación⁹. Por un lado, el *corpus*, como elemento objetivo, es la tenencia material de la cosa y la capacidad de excluir a todo extraño de su influencia; por otro lado, el *animus*, como elemento subjetivo, es la voluntad de ejercer la posesión del bien o del derecho, pues estos también son objeto de posesión¹⁰.

Dejando a un lado otros aspectos de la posesión, como son su naturaleza jurídica, objeto, sujetos, clases, etc., pasamos a analizar las formas de adquisición de la posesión y conservación y defensa de la misma, por ser los realmente relevantes para el tema objeto de estudio.

El artículo que regula las maneras de adquirir la posesión, al que ya se hizo referencia anteriormente, es el artículo 438 CC. Este menciona dos maneras de adquirir la posesión:

- Ocupación o voluntad de poseer.
- Actos propios y formalidades legales.

Respecto a la ocupación no hace falta profundizar más que lo que ya se mencionó en el apartado 1 de este capítulo, y respecto a la voluntad de poseer cabe recordar el *animus* intrínseco a la posesión.

Más particularidades e interés suscita la adquisición por medio de las formalidades legales. El CC recoge tres formas de adquirir la posesión: voluntaria, legal o judicial.

La **adquisición voluntaria** puede producirse por medio de actos *inter vivos*, para los que simplemente sería necesario un acuerdo de voluntades y la *traditio* como forma de entrega admitida por el Código Civil¹¹; y *mortis causa*, estableciendo el art. 442 la posible adquisición de la posesión por medio de título hereditario. Ligada a la adquisición *mortis causa* se encuentra la **adquisición legal** para determinados escenarios como la sucesión y la aceptación de la herencia. De este modo el Código Civil establece la adquisición de forma automática de la posesión en el momento de la muerte del causante en el caso de

⁹ Sistema de Derecho Civil cit. p. 4.

¹⁰ Vid.: Arts. 432, 437, 438 CC.

¹¹ Vid.: Arts. 609, 1462, 1463, 1464 CC.

aceptación de la herencia¹². Por último, por la **vía judicial**, se adquiere la posesión como resultado de una resolución judicial, una vez se han emprendido las acciones legales oportunas para su recuperación o adquisición, englobadas en lo que se conoce como *tutela interdictal* (art. 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El centro de esta tutela lo constituyen los arts. 441 y 446 CC. De estos preceptos puede obtenerse la consecuencia de que aquel que se encuentra en posesión de un bien, aunque no disponga de un derecho previo que le habilite para tal posesión, tendrá el derecho de amparo frente a cualquier tercero que le perturbe o despoje de su posesión, solamente necesitando prueba de que era poseedor de la misma. El art. 441 descarta automáticamente la adquisición violenta de la cosa, remitiendo al legítimo poseedor directamente al emprendimiento de acciones legales.

Además, la protección conferida al poseedor por estos dos preceptos se extiende al art. 444 CC según el cual *“los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión”*. Esto es lo que se conoce como posesión viciosa y es la que suelen ejercer los ocupantes, al ser esta clandestina inicialmente, sin consentimiento del dueño, y en muchas ocasiones violenta para poder acceder al inmueble.

Por último, conviene mencionar el artículo 433 CC, según el cual, poseedor de buena fe es aquel que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide, reputándose poseedor de mala fe al que se halla en caso contrario. Este precepto ha llevado a la doctrina a establecer que la buena fe debe mantenerse durante toda la efectiva posesión que ejerza el ocupante, no siendo esta convalidada por la existencia de una buena fe inicial que luego desaparece. El concepto de buena y mala fe resulta interesante llegados a este punto a efectos de usucapión, pues la posesión es uno de los requisitos que permitirían adquirir la propiedad en el futuro. Siendo la usucapión la adquisición de la propiedad de un bien por la posesión pública, pacífica, ininterrumpida, por justo título, en concepto de dueño y de buena fe¹³, un ocupa puede cumplir el requisito de la posesión en concepto de dueño pero no el resto, pues la posesión no empieza siendo pública, en ningún caso es pacífica desde que el legítimo poseedor emprende las acciones oportunas, puede que sea ininterrumpida, no es poseedor de justo título, y siempre es considerada como de mala fe. A este respecto se pronuncia la Audiencia Provincial de las Islas Baleares

¹² Cfr. Art. 440 CC.

¹³ Vid.: Arts 1940 y 1941 CC.

(Sección 5ª): *“El despojo es una alteración del hecho posesorio realizada por alguien sin o contra la voluntad del poseedor, y sin estar autorizado por el ordenamiento jurídico para realizarla; y consiste en la privación de la posesión realizada por otro. En el caso es claro que ha habido intencionalidad de despojar (aunque la conducta no precisa ser dolosa ni culposa), pues el demandado era consciente que causaría daño al alterar el estado de hecho posesorio, ante la disconformidad y objeciones del actor”*¹⁴. Es pues evidente que quien ocupa contra la voluntad del dueño lo hace con mala fe, no pudiendo llegar a adquirir por usucapión ordinaria. Podría llegar a adquirir por usucapión extraordinaria, pero dado el plazo tan prolongado para hacerse efectiva (30 años)¹⁵, el poseedor legítimo queda protegido frente a perturbaciones.

4. EL PRECARIO Y SU RELACIÓN CON LA OCUPACIÓN ILEGAL DE BIENES INMUEBLES

El precario presenta la particularidad de que ningún texto legal recoge este concepto, como tampoco su definición. Ha sido pues, la jurisprudencia la que a lo largo de los años ha ido construyendo y puliendo constantemente lo que se conoce como “precario”.

Con todo ello, precario se define como *“la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia del propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a dicha tenencia”*. Esta definición es la que otorga la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 4ª) de 7 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 880), señalando su creación jurisprudencial a partir del derogado artículo 1.565.3 de la LEC de 1.881, y ofreciendo un concepto más amplio que el del Derecho Romano al abarcar supuestos de posesión sin título y no solamente la posesión concedida por liberalidad del titular, fruto de la doctrina del TS¹⁶.

En línea con lo que se acaba de exponer, la Sentencia de 29 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo establece que: *“se permite ejercitar el juicio de desahucio por precario contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, pues la Jurisprudencia ha ido paulatinamente ampliando el concepto el precario hasta comprender, no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con*

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 637/2002 de 18 noviembre [versión electrónica – bases de datos Aranzadi. Ref. JUR 2003\100664]. Fecha de la última consulta: 22 de octubre de 2020. FJ 3º.

¹⁵ Vid.: Art. 1959 CC.

¹⁶ Vid.: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) núm. 619/2020 de 7 de julio [versión electrónica - base de datos El Derecho. Ref. EDJ 2020/625895]. Fecha de la última consulta: 28 de octubre de 2020. FJ 3º.

*la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva.”*¹⁷ Resulta relevante este concepto amplio de precario para los supuestos de ocupación, pues abarcaría todos aquellos casos en los que se posee con base en un contrato¹⁸, con base no contractual, como es la mera tolerancia del dueño, y sin título habilitante a tal efecto, pudiendo recurrir de este modo a la acción de desahucio por precario del art. 250.1.2º LEC.

Existen dos tipos de precario. Uno de ellos es el consentido por el propietario del bien inmueble, sin fijar pago de renta ni duración, conocido como “precario puro”. Véase el ejemplo de varios coherederos que adquieren un bien por vía hereditaria y uno de ellos reside, y por tanto posee, el bien con el conocimiento y tolerancia del resto de coherederos, sin el cobro de merced y sin establecer un plazo. El segundo tipo constituye el precario por falta de pago de la renta debida al propietario, en el que el inquilino sigue ocupando el bien, por transcurso del plazo de arrendamiento convenido por contrato, negándose el arrendatario a abandonar el inmueble, por ocupación del inmueble por tercero con aprobación inicial del propietario¹⁹ y, por último, por ocupación ilegal del inmueble por tercero sin consentimiento inicial del propietario. Este último caso es el más común en cuanto se refiere a ocupación ilegal de bienes inmuebles.

Es común la confusión que surge entre la figura del precario y el contrato de comodato, que sí se encuentra regulado en el Código Civil, debido a la proximidad conceptual de ambos. A pesar de la tipicidad del contrato de comodato en el art. 1.740 y ss. CC, la jurisprudencia del TS ha tenido que pronunciarse también en varias ocasiones con el fin de delimitar ambos conceptos.

La definición exhaustiva de comodato la recoge el artículo 1.740 CC, según el cual el contrato de comodato se constituye cuando una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible para su uso durante un tiempo determinado, con devolución de la misma.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 4ª) núm. 880/2018 de 7 de diciembre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. AC 2019\507]. Fecha de la última consulta: 27 de octubre de 2020. FJ 2º.

¹⁸ Esto se refiere al supuesto de posesión concedida del art. 1750 CC.

¹⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 4ª) núm. 880/2018 de 7 de diciembre en su Fundamento Jurídico número 3 se expresa en este sentido diciendo: “*la jurisprudencia ha ido perfilando la misma, hasta dejarla cristalizada como la ocupación de una cosa ajena sin título...sin que medie renta o cualquier otra contraprestación, ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del dueño, de cuya voluntad dependerá el poner fin a su propia tolerancia*”. Dejando constancia de que una ocupación en precario inicialmente consentida puede devenir irregular una vez el dueño cesa en su tolerancia, pudiendo recurrir a solicitar el desahucio por precario del ocupante sobrevenidamente.

Además, este precepto añade que el comodato es esencialmente gratuito. El citado artículo recoge también la definición de préstamo, según el cual la entrega es de dinero u otra cosa fungible, quedando fuera del presupuesto de este estudio dado que los bienes inmuebles se presumen únicos y determinados.

Por tanto, la diferencia fundamental entre comodato y precario es la necesidad de establecer una duración concreta para el comodato o, en caso de no haberse establecido, el uso que se ha de dar a la cosa prestada, cubierto el cual cesa el derecho de uso del comodatario²⁰. Además, los arts. 1.749 y 1.750 confieren protección al comodante para el caso de que quiera recuperar la posesión del bien dado en comodato, sin necesidad de recurrir a acciones posesorias.

Resulta interesante a estos efectos hacer una precisión. Una posesión fundada en un contrato de comodato llega a su fin transcurrido el plazo o el uso para el que fue entregado, como se ha mencionado *supra*. Se encontraría pues en situación de precario el comodatario que sigue ostentando la posesión del bien, pudiendo el comodante recurrir a la acción posesoria de desahucio por precario o a la acción posesoria del art. 41 LH.

Adicionalmente, el TS ha asentado jurisprudencia sobre ello por la cual, una vez terminado el comodato, la asignación de la posesión mediante resolución judicial del bien objeto de disputa, no confiere justo título para continuar con la citada posesión frente al legítimo poseedor y evadir la acción de desahucio por precario. La Sentencia del TS de 13 de abril de 2009 (Rc 1624/2005) se pronuncia a este respecto estableciendo que: *“cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa —lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal—, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista ; y, en fin, concluye, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario , ni para enervar la acción de desahucio , en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir*

²⁰ Vid.: Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del TS núm. 214/2015 de 23 abril [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2015\1209]. Fecha de la última consulta: 29 de octubre de 2020. FJ 4º.

necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”²¹.

²¹ González Cervera, M.I. Maldonado Ramos, J. Xiol Ríos, J.A. “Distinción entre comodato y precario. Doctrina jurisprudencial [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2008-2009].”, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Aranzadi. Madrid. 2009.

CAPÍTULO II. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA OCUPACIÓN ILEGAL DE BIENES INMUEBLES

1. PRECEDENTES A NIVEL EUROPEO

El fenómeno de la ocupación ilegal de bienes inmuebles surge como movimiento social en Europa en los años 60 y 70, sin embargo, la primera vez que se produjo una ocupación de estas características y asociada a un movimiento social en la historia reciente fue en el año 1945, cuando un elevado número de personas ocupó unas instalaciones pertenecientes al ejército británico. Fue en Reino Unido donde se creó la denominación de “*squatters*” para referirse a este grupo de personas que ocupan viviendas vacías con el fin de asentarse en ellas y realizar propaganda de su estilo de vida y hábitos socioculturales²².

Poco tiempo tardaron en propagarse movimientos similares por Europa, especialmente a países como Holanda (conocidos como “*krakers*”), Alemania y Dinamarca. Sobresale el caso de Italia, pues fue en este país donde las ocupaciones de viviendas, fábricas y locales vacíos se extendieron predicando ideologías políticas propias del comunismo, dando pie a la caracterización de los movimientos ocupas de la actualidad.

A partir de aquí la evolución varió en función del país. En el Reino Unido llegaron a tolerarse las ocupaciones ilegales, firmando contratos de alquiler o con la buena fe del propietario, permitiendo la ocupación hasta el momento de tener que hacer uso del inmueble. Posteriormente, fue aprobada la Criminal Justice and Public Order Act, según la cual los Ayuntamientos vendieron las viviendas a entidades semiprivadas para su reforma y venta a bajo coste, ofreciendo a los inquilinos ilegales viviendas oficiales y endureciendo y acelerando las penas de prisión y desalojos, respectivamente, provocando una disminución del número de “squats”²³.

En Berlín durante los años 80, el fenómeno se subdividió en dos grupos: los que mediante la ocupación trataban de transmitir ideas políticas y aquellos cuyo objetivo primordial era encontrar un lugar donde residir. Contra lo primeros, cuyas intenciones iban más allá de tener una vivienda digna, la represión policial fue más dura, produciéndose un alto número de desalojos en esta época. Durante los 90, tras la caída del muro de Berlín, se

²² Bermejo Morras, F. “Antecedentes de los “okupas”: La ocupación de inmuebles en Europa occidental”, *La Okupación: los precedentes, el movimiento y la legislación. Universidad de Barcelona*. (disponible en <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/ciudadania/trabajos/9899/1/21.htm> ; última consulta 02/11/2020).

²³ *Id.*

produjo una notable incertidumbre, falta de consenso, lentitud de reajustes e indefinición del derecho de propiedad, que desembocó en la ocupación de varios edificios y sus respectivos desalojos. El centro de la controversia era que en la RDA²⁴ se venía permitiendo la permanencia en bienes inmuebles ocupados ilegalmente siempre que estos estuviesen deshabitados y los ocupantes los hubiesen reformado a su gusto. Por el contrario, en la zona occidental las ocupaciones ilegales no ocupaban lugar.

Holanda fue el país europeo que mejor acogió este fenómeno estableciendo que la ocupación será legítima si el bien inmueble ha carecido de uso por su dueño por plazo superior a un año y estableciendo incluso catálogos de establecimientos disponibles para ser ocupados²⁵.

2. DESARROLLO DE LA OCUPACIÓN ILEGAL EN ESPAÑA

La ocupación como movimiento social llega a España en los años 80, de forma más tardía que en el resto de Europa. El movimiento nace como consecuencia de las referencias europeas, movimientos de lucha barrial y todo tipo de movimientos de lucha obrera y social, sumados a la dificultad de encontrar vivienda y la subida de precios por aquel entonces. Como se puede apreciar, desde el principio se aprecia una tendencia con intenciones de corte más político que propiamente de desarrollo vital. Es más, estos colectivos se han llegado a autodefinir como *“herederos de la CNT, los nietos de los que perdieron la guerra civil”*²⁶.

La primera etapa de ocupaciones en España iría del año 1980 hasta la promulgación del Código Penal de 1995. Esta época está marcada por ocupaciones en las grandes ciudades del país a partir de las cuales se empiezan a diferenciar dos tipos de ocupaciones. Las que se producen para uso exclusivo de vivienda de los ocupantes y aquellas que además de como vivienda, sirven como lugares de propaganda de la contracultura que estos grupos representan con conciertos de música, debates, actos culturales, etc., y como lugares para la captación de nuevos ocupantes que sigan con el movimiento. Destaca en estos años el hecho de que el número de ocupaciones doblase al de desalojos, la lentitud de los procesos de estos desalojos, facilitando y otorgando tiempo para la búsqueda de otros lugares a

²⁴ República democrática de Alemania.

²⁵ Bermejo Morras, F. *Op. Cit.* p. 12.

²⁶ Bermejo Morras, F., “El movimiento “okupa” en el Estado español.”, *La Okupación: los precedentes, el movimiento y la legislación*, Universidad de Barcelona.(disponible en <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/ciudadania/trabajos/9899/1/22.htm>; última consulta 02/11/2020).

ocupar, y la suavidad de las sanciones, en su mayoría multas de carácter económico, produciéndose la mayoría de las detenciones por la insumisión de los ocupantes más que por la propia ocupación. Todos estos factores provocaron un aumento considerable de este fenómeno cultural y social²⁷.

Entre 1996 y 2000, con la entrada en vigor del nuevo Código Penal, al catalogarse como delito la usurpación de bienes y la insumisión a realizar el servicio militar obligatorio, las medidas se endurecieron y el número de desalojos aumentó considerablemente. Sin embargo, el número de ocupaciones también aumentó en consecuencia, pues las medidas tomadas, más que disuadir, radicalizaron a los ocupantes, provocando disturbios y enfrentamientos en las calles. Es en estos años donde el fenómeno empieza a ser conocido a nivel nacional al haber captado la atención de los medios de comunicación.

Cabe destacar llegados a este punto, que los ocupas de los años 90 en España no tenían nada que ver con los “*squatters*” o “*krakers*” de los años 70. En estos casos los ocupas eran en su mayoría estudiantes que recibían becas simplemente por estar matriculados en la universidad y que ocupaban como forma de ruptura con la cultura anterior, desocupando una vez terminaban sus estudios o encontraban trabajo estable. No es el caso de España, en donde los ocupantes no recibían ningún tipo de ayuda económica y donde muchos superponían su condición de ocupa con la de insumiso (delito penado con 2 años de prisión e inhabilitación para obtener ayudas públicas entre 10 y 14 años) no teniendo nada que perder y radicalizándose en su situación²⁸.

La tercera etapa comienza en el año 2001 y termina en el año 2006. Durante estos años se produce un descenso de las ocupaciones, siendo inexistentes en muchas ciudades españolas, manteniéndose fundamentalmente en el área metropolitana de Barcelona y en algunos pueblos del País Vasco. Se produjo una aceleración y endurecimiento de los procesos de desalojo, no obstante, los procesos de condena se demoran durante años, siendo escasos los casos en que se han saldado con penas de prisión, favoreciendo la ocupación al no enfrentarse los ocupantes a penas inmediatas ni excesivamente represivas²⁹.

²⁷ Martínez López, M., “El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización”, *Revista de estudios de juventud*, n. 76, 2007, pp. 229-230.

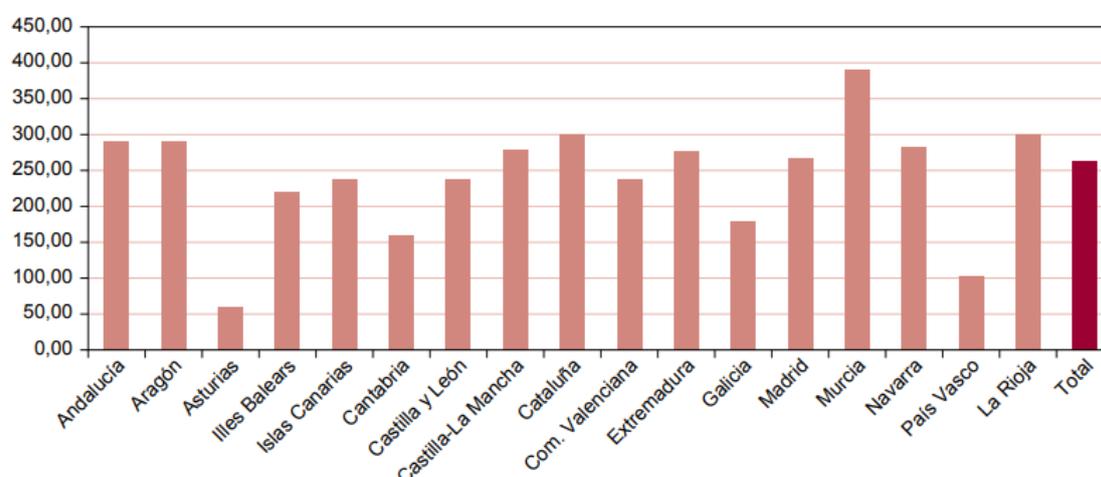
²⁸ Bermejo Morras, F., *Op. Cit.* p. 13.

²⁹ Martínez López, M., *Op. Cit.* p.14.

CAPÍTULO III. SITUACIÓN ACTUAL

Tras el inicio de la crisis inmobiliaria en España entre los años 2007 y 2008, el número de ejecuciones hipotecarias y desahucios aumentó considerablemente, aumentando, en consiguiente, el número de viviendas vacías propiedad de los bancos y otras entidades de crédito a las cuales fue y aún hoy es sumamente complicado dar salida (además de aquellas viviendas construidas que no llegaron a ser vendidas), constituyéndose como un efecto llamada a la ocupación. Según datos del INE, el número de viviendas en España en 2011 era de 25.208.623, de las cuales el 13,7% estaban vacías (3,5 millones en valor absoluto aproximadamente). En la Figura 1 puede observarse el crecimiento de ejecuciones hipotecarias entre 2007 y 2011, llegando a aumentar hasta en casi un 400% en algunas Comunidades Autónomas como Murcia.

Figura 1. Evolución de las ejecuciones hipotecarias (% crecimiento 2007-2011).



Fuente: Etxezarreta Etxarri, A. Hoekstra, J. Dol, K. Cano Fuentes, G., 2012: 604.³⁰

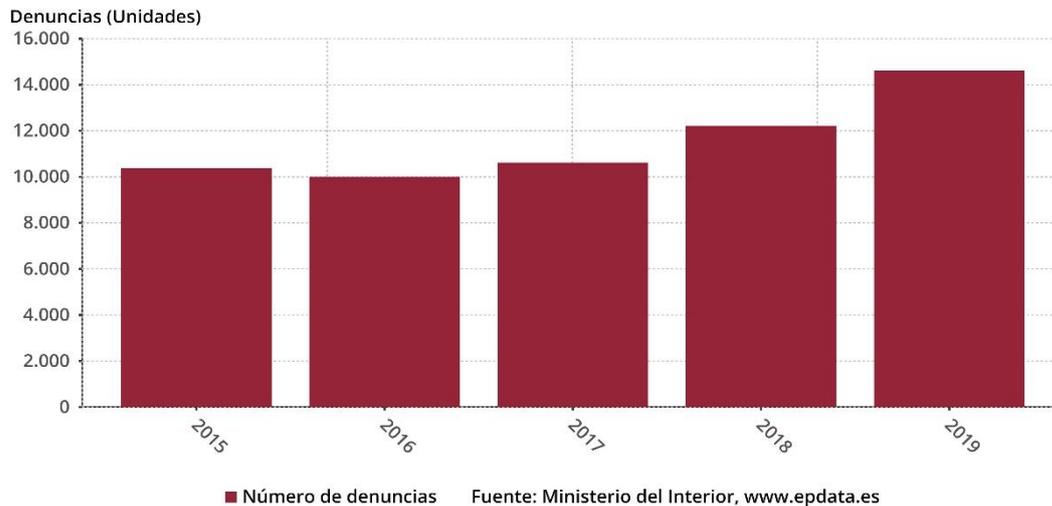
Si bien, a partir de 2011, el número de ejecuciones hipotecarias fue disminuyendo progresivamente hasta 2019, disminuyendo un 36,5% y alcanzando la cifra más baja desde 2008, con un total de 17.411. De todos estos desahucios, 2 de cada 3 aproximadamente son producidos por impago de alquiler³¹.

³⁰ Etxezarreta Etxarri, A. Hoekstra, J. Dol, K. Cano Fuentes, G. “De la burbuja inmobiliaria a las ejecuciones hipotecarias” *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, 174, 2012, p. 604.

³¹ Comunicación Poder Judicial. Las ejecuciones hipotecarias disminuyeron un 36,5 por ciento en 2019 y, con un total de 17.411, alcanzaron la cifra más baja de los últimos doce años. Consejo General del Poder Judicial. 2020 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-ejecuciones-hipotecarias-disminuyeron-un-36-5-por-ciento-en-2019-y-con-un-total-de-17-411--alcanzaron-la-cifra-mas-baja-de-los-ultimos-doce-anos->; última consulta: 02/11/2020).

Dado el gran número de desahucios acaecidos en España en los últimos años, el número de viviendas vacías se ha visto incrementado notablemente, lo que, unido a las altas tasas de desempleo y subidas del valor de los bienes inmuebles, ha provocado que el factor de la ocupación ilegal de bienes inmuebles se haya visto incrementado recientemente y siga aumentando cada año. Como se puede apreciar en las Figuras 2 y 3, el número de denuncias ha ido aumentando progresivamente hasta hoy.

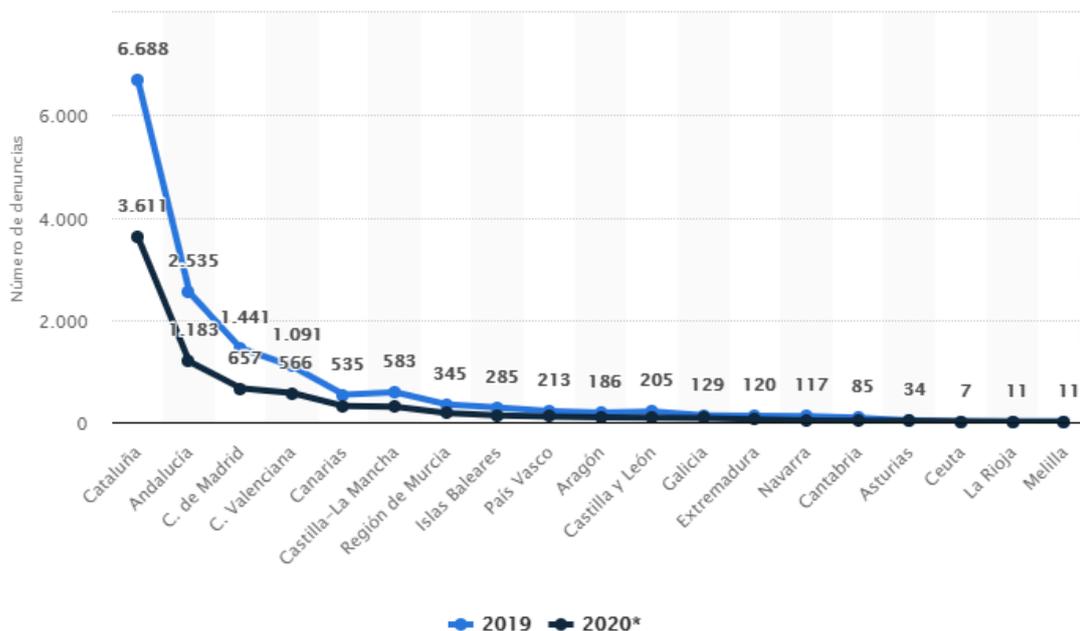
Figura 2. Evolución del número de denuncias por ocupación ilegal de inmuebles en España.



Fuente: EpData, 2020.³²

³² EpData., “Las denuncias por ‘okupación’ en España, en gráficos”, 25 de septiembre de 2020. (disponible en: <https://www.epdata.es/datos/denuncias-okupacion-graficos/560>; última consulta: 01/04/2021).

Figura 3. Número de denuncias por ocupación ilegal de viviendas en España en 2019 y 2020, por comunidad autónoma.



Fuente: Fernández, R., 2020.³³

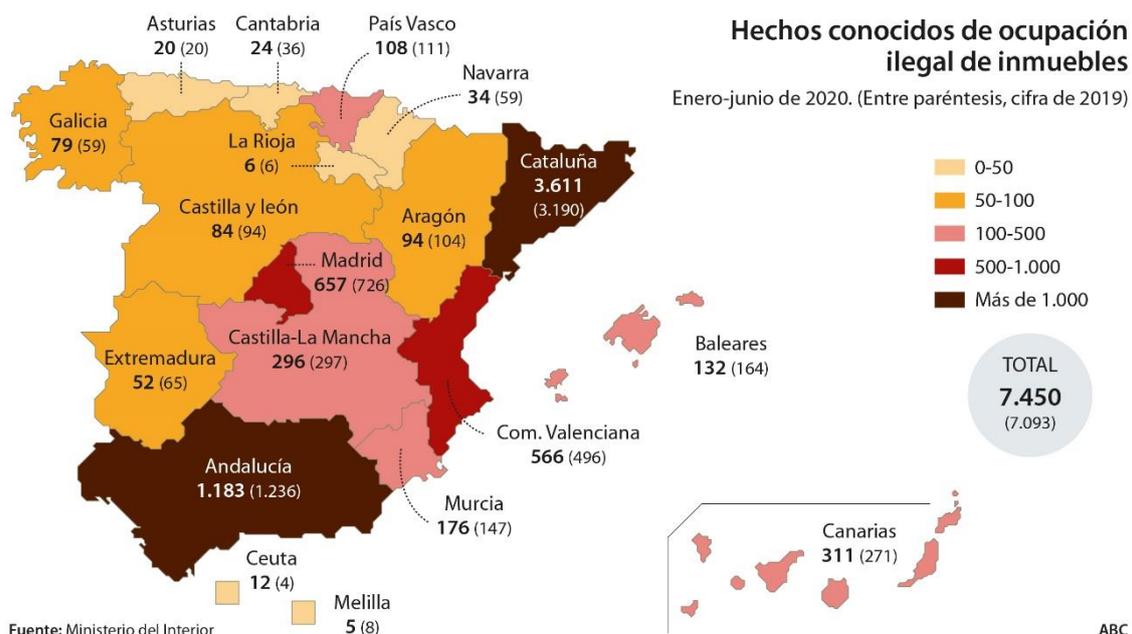
El notable aumento en 2018 y 2019 puede deberse a la aprobación de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, por la que se agiliza los procedimientos de recuperación de la posesión viéndose de esta manera el propietario del inmueble ocupado mayores visos de recuperación del mismo, aunque esta reforma se ha mostrado ineficaz como veremos. Puede apreciarse también el aumento de denuncias en el primer semestre de 2020 con respecto al mismo período de 2019, siendo Cataluña la comunidad autónoma con mayor número y casi triplicando a Andalucía, en segundo lugar.

En la actualidad, este es el panorama de las ocupaciones ilegales de inmuebles conocidas en España, con un incremento de un 5% con respecto al mismo período de 2019, pudiendo llegar a triplicarse el número total de ocupaciones como consecuencia de la situación de vulnerabilidad ocasionado por la pandemia del COVID-19 en 2020³⁴.

³³ Fernández, R., “Denuncias por ocupación de inmuebles por CC.AA. de España 2019-2020”, *Statista*, 31 de marzo de 2021. (disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1223629/denuncias-por-ocupacion-ilegal-de-inmuebles-por-cc-aa-de-espana/>; última consulta: 01/04/2021).

³⁴ Gomá Garcés, I., “Okupación: males que por otros males vienen”, *Hay Derecho. Por una conciencia cívica*, 22 de julio de 2020. (disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/22/okupacion-males-vienen/>; última consulta: 17/01/2021).

Figura 4. Ocupación ilegal de inmuebles entre Enero y Junio de 2020 y su comparativa con el mismo período en 2019.



Fuente: Ministerio del Interior
Fuente: Ginés, G., Manso, C., 2020.³⁵

Como se puede apreciar, el problema de la ocupación ilegal de viviendas se encuentra latente en España, debido al aumento de casos y a la lentitud y falta de eficacia de los procedimientos aplicables al respecto. Además, fruto de la crisis financiera e inmobiliaria, un abultado número de familias se han visto obligadas a ocupar ilegalmente una vivienda por el riesgo de caer en exclusión social y por falta de medios económicos. Esta situación también ha dado pie a la creación de grupos y movimientos que ocupan establecimientos con fines distintos al de vivienda, los cuales no son exactamente iguales a los grupos antisistema de los que hemos hablado en el Capítulo II.

En conclusión, puede apreciarse que, lejos de presentarse como un caso aislado, el problema de la ocupación ilegal de bienes inmuebles, el cual afecta a propietarios y ocupantes y se extiende a la comunidad de vecinos en innumerables ocasiones, se incrementa cada año e, incluso a pasos agigantados, como se espera en 2020. Respecto a esto, es obvio que se debe apartar la violencia como posible modo de recuperar el legítimo derecho de propiedad, pero el procedimiento judicial para ello debería ser, en consecuencia, ágil y veloz, pues de lo contrario, la normativa procesal más que actuar

³⁵ Ginés, G., Manso, C., “La lacra de la ocupación ilegal: España supera los 40 casos al día”, ABC, 1 de diciembre de 2020. (disponible en: https://www.abc.es/economia/abci-lacra-ocupacion-ilegal-espana-supera-40-casos-202008102303_noticia.html; última consulta: 01/04/2021).

como elemento disuasorio, actuará como “efecto llamada” para los ocupantes ilegales³⁶. Esta carencia de eficacia ha provocado la irrupción de empresas encargadas de recuperar la posesión para el propietario mediante mecanismos alternativos.

Muestra de la gran actualidad de esta temática es que recientemente el grupo político con representación parlamentaria, Ciudadanos, planteó una proposición de ley tendente a frenar las ocupaciones ilegales, mediante la reforma de varias normas (Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Propiedad Horizontal, Ley de Bases del Régimen Local, Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, etc.) cuya finalidad primordial era dotar de mayor agilidad al procedimiento de desalojo y castigar más severamente el delito penal de usurpación para desincentivar su comisión y, sobre todo, su incremento³⁷.

³⁶ Cuenca Casas, M., “La deficiente tutela procesal civil de la posesión: una llamada a la “okupación” de inmuebles”, *Hay derecho. Por una conciencia cívica*, 15 de diciembre de 2020, (disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/12/15/la-deficiente-tutela-procesal-civil-de-la-posesion-una-llamada-a-la-okupacion-de-inmuebles/> ; última consulta 17/01/2021).

³⁷ Gomá Garcés, I., *Op. Cit.* p. 17.

CAPÍTULO IV. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES IMPLICADOS EN EL FENÓMENO DE LA OCUPACIÓN ILEGAL

En el presente capítulo, procederemos a hacer un repaso breve y conciso sobre los artículos de nuestra Carta Magna que entran en juego en cuanto a ocupación ilegal de bienes inmuebles se refiere. En particular, se hará especial referencia al art. 33, sobre derecho a la propiedad privada, y al art. 47, como principio ordenador de la política social y económica.

1. PRINCIPALES DERECHOS AFECTADOS POR LA OCUPACIÓN ILEGAL

La importancia y valor de la vivienda en la vida cotidiana de los seres humanos es algo innegable en la actualidad. El domicilio habitual es el lugar donde cada persona desarrolla su vida diaria e íntima en mayor medida y, además, es el lugar sobre el que recaen algunos de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución, como el derecho a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio. Por otra parte, tener el poder de disposición sobre un bien inmueble en el que desarrollarse con plenitud, se reconoce socialmente como un hecho y síntoma de integración social y, por tanto, muchos consideran el derecho a una vivienda digna como símbolo del Estado social.

Los preceptos constitucionales que mayor relevancia plantean son el artículo 33 y el 47. El primero reconoce el derecho a la propiedad privada, derecho que se ve vulnerado ante una ocupación no tolerada ni consentida por el legítimo propietario. Además, su apartado 3 establece que *“nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización”*, dicho lo cual, el fenómeno de la ocupación no se produce con fines de utilidad pública, cuya existencia corresponde delimitarla a la Administración del Estado conforme a las leyes, ni se recibe ningún tipo de indemnización. Por ello, ante una ocupación ilegal este precepto se estaría viendo vulnerado de manera flagrante. El segundo precepto, establece que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, correspondiendo a los poderes públicos realizar las acciones oportunas para hacer efectivo este derecho.

Desde un punto de vista procesal, entra en juego el artículo 24 sobre tutela judicial efectiva. Este precepto será analizado más en profundidad en el Capítulo V, pues un grupo parlamentario planteó recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la Ley 5/2018 de modificación de la Ley 1/2000 en relación a la ocupación ilegal

de viviendas, siendo uno de los motivos la vulneración de los *“derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) de quienes resultan ser demandados en dicho proceso, por el carácter expeditivo de este, que no garantizaría, los principios de contradicción y de igualdad de armas procesales”*³⁸.

Por último, el artículo 18 CE establece la inviolabilidad del domicilio, derecho que se ve vulnerado ante la entrada ilegítima de cualquier persona en domicilio ajeno. Este se verá en mayor profundidad al hacer referencia al Proceso y acciones penales.

1.1 Conflicto entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a una vivienda digna (arts. 33 y 47 CE)

Ha sido muy común el recurso al derecho constitucional de poder gozar y disfrutar de una vivienda digna conferido a todos los españoles para justificar las ocupaciones ilegales llevadas a cabo por los demandados en juicio verbal.

A este respecto, conviene analizar la Sentencia número 720/2018 de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona³⁹, por ser en esta provincia donde más casos de ocupación ilegal se registran y por las numerosas sentencias dictadas por esta Sección en referencia a ocupaciones ilegales.

En el fundamento jurídico número 3, se delimitan ambos derechos, con referencia al artículo 53 CE, sobre garantías de las libertades y derechos fundamentales. Comienza este fundamento jurídico indicando el carácter de principio ordenador de la política social y económica y de mandato a los Poderes Públicos para hacer efectivo el derecho del artículo 47. Sin embargo, afirma que no se aprecia con nitidez el contenido real de este derecho al no gozar de la protección del art. 53.2, es decir, no es directa e inmediatamente ejercitable como verdadero derecho subjetivo, como sí lo son los arts. 14 a 29 CE, precisando de desarrollo legislativo. Se configura pues como un mandato, una verdadera obligación de hacer a los poderes públicos para promover y poner a disposición de los ciudadanos todos aquellos medios para hacer efectivo el derecho, lo que en ningún caso

³⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 32/2019 de 28 de febrero [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. RTC\2019\32]. Fecha de la última consulta: 4 de noviembre de 2020. FJ 3º.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 13ª) núm. 720/2018 de 13 de diciembre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. AC 2019\102]. Fecha de la última consulta: 4 de noviembre de 2020. FJ 3º.

puede dar pie a que cada persona acuda a los Tribunales para solicitar que se le ponga en posesión y pleno dominio de un bien inmueble.

Respecto al artículo 33 CE, la citada sentencia afirma que tal precepto “*proclama el reconocimiento del derecho a la “propiedad privada”, delimita su contenido por las leyes ordinarias y establece la expropiación por determinadas razones mediante indemnización, aunque eleva a nivel constitucional la “función social” como criterio definidor que las leyes han de adoptar para limitar el contenido de la propiedad (art. 53.1 CE)*”, de modo que, para no incurrir en inconstitucionalidad, el legislador debe respetar el contenido esencial del derecho de propiedad, solo pudiendo sobrepasar este contenido esencial mediante indemnización/expropiación del art. 53.3 CE.

CAPÍTULO V. LEY 5/2018 DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 1/2000 SOBRE LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS

El 11 de junio de 2018 se aprueba la Ley 5/2018, por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, sobre ocupación ilegal de viviendas. La finalidad primordial de esta disposición es conferir **agilidad y eficacia** al proceso civil en cuanto a recuperación de la legítima posesión de un bien inmueble se refiere, invitando al afectado a acudir a esta vía y no a la vía penal, como última ratio que es, y dotando al procedimiento civil de los mecanismos adecuados para la protección de los derechos posesorios. El propio preámbulo de la ley establece que el motivo de la reforma es la falta de satisfacción de los cauces legales previstos en la vía civil para procurar el desalojo de la ocupación forzosa de bienes inmuebles y su extraordinaria longevidad en el tiempo⁴⁰.

La Ley 5/2018 modifica el art. 250.1.4º LEC, el cual recoge el interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente, y su procedimiento de desarrollo en los arts. 437, 441 y 444. Las principales novedades que introduce son la posibilidad de acordar un lanzamiento cautelar anticipado y la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes. Además, este procedimiento pasa a tener el carácter de sumario, lo que le otorga celeridad y no confiere al objeto carácter de cosa juzgada material.

Para empezar el análisis de esta modificación, conviene señalar las características del procedimiento recogido en el art. 250.1.4º, conocido como juicio de tutela sumaria de la posesión, para cuya utilización deben darse dos requisitos: 1º) el demandante debe haber ostentado la posesión inmediata y legítima del inmueble objeto de la demanda; 2º) debe de entablarse en un período de tiempo no superior a un año desde producido el efectivo despojo, tal y como recoge el art. 460 CC.

A continuación se ofrece un estudio del preámbulo de la norma:

En primer lugar, se utiliza el término de desahucio de manera errónea, dado que este es utilizado como sinónimo de ejecuciones y de cualesquiera otros procedimientos que impliquen el lanzamiento de un bien inmueble. No obstante, el concepto legal de desahucio se encuentra íntimamente ligado al precario y al arrendamiento, suponiendo una doble actuación: **declarativa**, mediante la resolución del contrato de alquiler o la

⁴⁰ 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 (BOE 12 de junio de 2018).

declaración de ausencia de este, y **ejecutiva**, por medio de la cual se lleva a cabo el efectivo lanzamiento del arrendatario o precarista⁴¹.

En segundo lugar, se especifican los tres actores legitimados para pedir la recuperación de la posesión del inmueble de manera inmediata y cautelar, constituyendo una de las principales reformas que incluye esta ley. Los sujetos legitimados serían: personas físicas propietarias o legítimas poseedoras de las viviendas, entidades sin ánimo de lucro con derecho a gozar de posesión y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social, por lo que se da una renuncia implícita al recurso al ejercicio de potestades administrativas de estas entidades⁴². Quedarían fuera las entidades de capital que, si bien no pueden acudir a las especialidades establecidas por esta ley, pueden acudir al interdicto de recobrar general⁴³. Con todo lo anterior, no se entiende la razón de que el legislador excluya de esta acción a las entidades con ánimo de lucro, dado que la finalidad primordial de esta Ley es proteger el derecho de posesión y propiedad, independientemente de a quien pertenezca.

El último aspecto relevante es la definición que otorga el legislador al concepto del precario, pues este establece que solo se engloban dentro de este concepto, carente de positivización normativa, aquellos casos de posesión tolerada “cedida en precario”, invisibilizando aquellas ocupaciones ilegales sin título ni consentimiento del legítimo poseedor. Se retorna de este modo a épocas anteriores a la entrada en vigor de la vigente LEC en las que se interpretaba que solo tenían acceso al procedimiento de desahucio por precario del art. 250.1.2º aquellos casos de posesión tolerada, interpretación que fue modificada por la jurisprudencia menor y del Tribunal Supremo, incluyendo los casos de viviendas ocupadas contra la voluntad de sus dueños. Debe considerarse que esta interpretación del legislador es errónea y que los tribunales seguirán aplicando la citada jurisprudencia, pues de lo contrario se estaría desprotegiendo al legítimo poseedor cuando la finalidad de esta ley es todo lo contrario.

Como ya se ha comentado, la modificación establecida por la Ley 5/2018 recae sobre el artículo 250.1.4º. Este procedimiento de tutela sumaria de la posesión ha sido calificado

⁴¹ Ibarra Sánchez, J.L., “La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes”, *Revista Aranzadi*, n. 10, 2018, p. 4.

⁴² *Ibid.*, p. 5.

⁴³ Fraga Mandián, A., “La ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas. Aspectos generales”, *Proceso civil: cuaderno jurídico*, n. 133, Madrid, 2018, p. 17.

por el propio legislador como un cauce ineficaz, es por ello que las novedades introducidas pretenden dar la celeridad propia de los procedimientos sumarios a esta vía.

La **primera** de las modificaciones es la introducción de un segundo párrafo en el art. 250.1.4º LEC que introduce el desalojo cautelar de los ocupantes de la vivienda, cuyo tenor literal indica: *“Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social”*. Se establece pues la posibilidad de que los demandantes (ya mencionados en este apartado) soliciten al juez la adopción de una medida cautelar previa o anticipatoria. Sin embargo, este párrafo añadido presenta dos peculiaridades: la primera, que solo cabe solicitar la medida cautelar frente a viviendas; la segunda, que las entidades de derecho público solo pueden solicitar el desalojo cautelar de aquellas viviendas protegidas con calificación en vigor. Algunos autores como, PÉREZ DAUDÍ, han hecho hincapié en el hecho de que que se adopte una medida cautelar no quiere decir que su ejecución vaya a ser inmediata. El auto que acuerde la adopción de esta medida debe notificarse a los ocupantes que podrán oponerse en un plazo de 10 días, no implicando la oposición a ella la suspensión⁴⁴.

La **segunda** de las novedades es la adición de un apartado 3 bis al art. 437 LEC, el cual prevé la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes, subsanando así el problema de alegar la falta de identificación del demandado recogida en los arts. 339 y 437 LEC, dado que en muchas ocasiones se desconoce la verdadera identidad de los ocupantes o puede darse el caso de que los ocupantes sean sustituidos por otros, especialmente en los casos de ocupación por parte de organizaciones. La jurisprudencia del TS ya se había pronunciado en alguna ocasión a este respecto estableciendo 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”* añadiendo el Auto núm. 140/2011 de la Audiencia Provincial de Cádiz que *“nada obsta a que se demande a personas*

⁴⁴ Pérez Daudí, V., Sánchez García, J., “La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble”, *Diario LA LEY*, n. 9008, 2017, p. 14.

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”⁴⁵.

La **tercera** modificación se produce sobre el art. 441 LEC, al cual se le añade un nuevo apartado 1 bis. Este artículo trata sobre casos especiales en la tramitación inicial del juicio verbal, y por medio de este nuevo apartado se establece la posibilidad de notificar personalmente la cédula de emplazamiento, la demanda y el decreto de admisión de esta a aquella o aquellas personas que se encuentren habitando la vivienda. La estructura de este nuevo apartado es la siguiente:

- En el primer párrafo se establece la posibilidad de notificación a los ocupantes de la vivienda, notificándose por edictos en los casos en los que los ignorados ocupantes no se identifiquen.
- El segundo párrafo establece el procedimiento de adopción de la medida cautelar de desalojo.
- El tercero y último establece el traslado a los Servicios Públicos en materia de política social del art. 150.4 LEC, también objeto de modificación y al cual nos referiremos con posterioridad.

La **cuarta** novedad recae sobre el art. 444 LEC, al cual se le añade un apartado 1 bis, el cual establece que, en ausencia de contestación por los ocupantes, se procederá de inmediato a dictar sentencia, pudiendo ser esta sentencia estimatoria ejecutable antes de los 20 días del art. 548 LEC si el demandante así lo solicita.

La **última** modificación recae sobre el art. 150 LEC, añadiendo un apartado 4 especificando la notificación a los Servicios Públicos de ámbito autonómico y local de la situación de las personas desalojadas de los inmuebles por el riesgo de que caigan en situación de exclusión social, siempre con previo permiso otorgado por los demandados. Esta modificación puede plantear problemas por la dificultad de su eficacia, dado que el lanzamiento de la vivienda se produce al inicio del procedimiento en el decreto de admisión de la demanda, momento en el que la identidad de los ignorados ocupantes es desconocida y, por tanto, difícilmente podrá recabarse su consentimiento.

⁴⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, núm. 140/2011 de 28 noviembre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2012\39406]. Fecha de la última consulta: 13 de noviembre de 2020. Razonamiento Jurídico 1º.

Esta reforma no ha estado exenta de críticas, llegando a presentar el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea recurso de inconstitucionalidad basado en que dicha ley vulnera el derecho a la inviolabilidad el domicilio (art. 18.2 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2). Dicho recurso fue desestimado por el Pleno del Tribunal Constitucional⁴⁶.

⁴⁶ *Vid.*: Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 32/2019 de 28 de febrero [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. RTC\2019\32]. Fecha de la última consulta: 15 de noviembre de 2020.

CAPÍTULO VI. PROCEDIMIENTOS DE CARÁCTER CIVIL APLICABLES

Se tratará de abordar en el presente capítulo, un breve estudio de las acciones y procedimientos a emprender por aquel legítimo poseedor que haya sido despojado de un bien inmueble de manera violenta y/o no consentida. Las acciones a entablar, además del procedimiento declarativo ordinario, se reflejan básicamente en los apartados 2º, 4º y 7º del artículo 250.1 de la LEC, conforme a la remisión, ya mencionada con anterioridad, que hacen los arts. 441 y 446 CC a recabar el auxilio de la Autoridad competente y acudir a los cauces que establezcan las leyes de procedimiento para recuperar la posesión perturbada.

Haré un mayor hincapié en este capítulo sobre los procedimientos de desahucio por precario y de tutela de la posesión de los derechos reales inscritos, mencionando brevemente el procedimiento de tutela sumaria de la posesión del art. 250.1.4º, al haber sido abordado ya en profundidad en el Capítulo inmediatamente anterior.

Conviene comenzar con una precisión sobre el aparente cambio introducido por el legislador en el preámbulo de la Ley 5/2018 sobre el concepto de precario, el cual parece dejar fuera de este concepto a todo aquel que ostente una posesión de naturaleza abusiva. A este respecto, sentencias posteriores a esta modificación se han pronunciado al respecto diciendo: *“Este concepto amplio del precario, como sustantivo que es no puede entenderse alterado por la nueva ley procesal que alude al supuesto en que existe consentimiento de quien es dueño o usufructuario o tiene derecho a poseer la finca y la cede en precario, de modo que la acción podrá ser ejercitada también por quien se encuentra privado de ella y ésta es detentada por persona carente de título”*.⁴⁷ Parece que, lógicamente, los juzgados y tribunales han seguido aplicando el concepto amplio de precario desarrollado jurisprudencialmente.

Dicho lo anterior, el procedimiento del desahucio por precario del art. 250.1.2º necesita dos requisitos fundamentales:

- Que el actor posea un título que le legitime como poseedor en concepto de dueño, usufructuario, arrendatario o cualquier otro que le otorgue el derecho a su disfrute y detentación.

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo núm. 269/2018 de 20 de septiembre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2018\304161]. Fecha de la última consulta: 18 de noviembre de 2020.

- Que el demandado posea el bien sin título o con título devenido ineficaz.

A pesar de que el desahucio por precario se encuentre regulado por razón de la materia en el ámbito del juicio verbal, la jurisprudencia ha entendido que se trata de un juicio de naturaleza plenaria y no sumaria, al no recoger el art. 447 LEC a éste como uno de los juicios verbales cuya sentencia presente carácter de cosa juzgada material. Esto significa que podrá ser discutido en el juicio todo aquello que se considere relevante a efectos del título en el que el demandado basa su posesión y cualesquiera otras cuestiones relacionadas con la situación creada por quien posee sin título o con título ineficaz.

Resulta problemática la identificación de los demandados en estos procedimientos dada la dificultad y falta de medios que tienen las personas físicas y jurídicas privadas para identificar a los ocupantes, en especial cuando carezcan de cualquier clase de título anterior, y el constante cambio de ocupantes que se suele producir. Resultaría absurdo, contraproducente y extremadamente lento el supuesto de que el actor tuviese que demandar uno a uno a todos aquellos que hayan podido estar ocupando el bien en cualquier momento. Por ello, la jurisprudencia ha dado un paso al frente y ha llegado a admitir demandas dirigidas contra los ignorados ocupantes, resultando interesante la Sentencia número 361/2018 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante, la cual cita la Sentencia de la Sección 4ª de la AP de Barcelona de 25 de mayo de 2018, y el Auto número 442/2016 de la Sección 8ª de la AP de Madrid.

Dada la dificultad que entraña en numerosas ocasiones identificar a los demandados, no sería necesario otorgar nombre y apellidos al no requerirlo así los arts. 399.1 y 437.1 LEC para admitir a trámite la demanda. Simplemente se requiere que el actor determine los datos y circunstancias que permitan la identificación del demandado, por lo que bastaría la identificación de los ignorados ocupantes demandados por su relación con el inmueble litigioso⁴⁸, como sucede con el procedimiento de tutela interdictal de la situación posesoria que vimos en el anterior capítulo.

Dada la necesidad de que el demandado ofrezca título válido que le legitime para ostentar la efectiva posesión del bien objeto de disputa, con frecuencia han sido presentados contratos de arrendamiento de carácter verbal, certificados de empadronamiento en el

⁴⁸ Ben Gómez, C., “Precario y ocupación ilegal de viviendas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, parte estudios, n. 1, 2019, p. 4.

inmueble, matrícula escolar de menores en un centro cercano o incluso se han alegado derechos de carácter económico social en caso de carencia de título.

Sobre el vínculo establecido conforme a un contrato de arrendamiento, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de declarar la continuidad y eficacia de los contratos de arrendamiento finalizados, basándose en la idea de que el arrendatario posee en concepto distinto al de dueño, no viéndose en algún modo perjudicado el propietario.

Sin embargo, el TS ha establecido una serie de excepciones a esta regla, como son la simulación de la relación arrendaticia, cuando se pruebe dolo o fraude entre arrendador y arrendatario y cuando se manifiesta contrato verbal sin la correcta identificación del arrendador o la asunción de gastos de sostenimiento de la finca, lo cual no solo no justifica la posesión del inmueble, sino que acentúa la idea o sospecha de ocupación ilegal⁴⁹.

El siguiente procedimiento es el que, con base en el art. 41 LH, pretende la tutela del titular registral de derechos reales inscritos. El procedimiento aplicable sería el del art. 250.1.7º y del art. 444.2 LEC, el cual se presenta como *“un medio de protección posesoria dispensado al titular de los derechos inscritos, de carácter sumario y privilegiado, y que encuentra su fundamento en la presunción, favorable al titular registral, de que el derecho inscrito existe y le pertenece, de modo que incumbe al que se tiene por usurpador o perturbador la destrucción de aquella presunción”*⁵⁰. De este modo, el legislador otorga al propietario del derecho real inscrito una presunción iuris tantum por la que se le presume titular de este derecho, pudiendo hacerlo efectivo mediante este procedimiento especial y sumario. Esta opción se erige como la más adecuada y la que, como es lógico, se debe entablar en caso de poseer derecho inscrito sobre el bien⁵¹.

Para la admisión a trámite de la demanda, el demandante deberá incluir en el escrito las medidas que considere necesario llevar a cabo con el fin de que la sentencia que se dictase surta plenos efectos, la caución que el demandado deba afrontar en el caso de que conteste a la demanda y certificación del Registro de la Propiedad debidamente actualizada como forma de acreditación de la existencia del derecho real en que el demandante basa su pretensión y su vigencia.

⁴⁹ *Ibid.*: p. 5.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Cfr.* López Chocarro, I., “La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación”, *Diario LA LEY*, n. 9204, 2018.

El procedimiento de tutela de los derechos reales inscritos se caracteriza por ser **especial**, dado que solo pretende la protección del derecho real en particular, **cautelar**, pues permite al juez adoptar medidas cautelares previas a la ejecución de la sentencia según el art. 441.3 LEC, **sumario**, debido a que el demandado solo puede acudir a una serie de causas tasadas para defender su posesión, y **no producir efectos de cosa juzgada material**.

La Audiencia Provincial de Barcelona, ha definido la naturaleza jurídica y características del procedimiento establecido en el art. 41 LH. No procede aquí enumerar todas y cada una de ellas, simplemente, como la propia sentencia establece, resaltar que *“nos hallamos ante un procedimiento sumario y de ejecución, en el cual se admite una fase de cognición con motivos de oposición limitados, que no tiene por objeto declaraciones de derechos, ni permite examinar cuestiones complejas que exceden de su ámbito propio, especializado y reducido, estando tales declaraciones o cuestiones reservadas para su discusión y examen en un proceso declarativo ordinario”*⁵². No obstante, en caso de que el demandado presentase causa suficiente para su posesión, el actor debería acudir al proceso declarativo para que se reconociese su derecho en plenitud. Por ello parece más sencillo acudir al procedimiento de desahucio por precario.

En cuanto al procedimiento de tutela sumaria de la posesión recogido en el art. 250.1.4º, no merece la pena reiterar lo mencionado en el Capítulo V. Simplemente destacar tres cuestiones: los cambios en cuanto a la legitimación activa para acudir a esta vía, la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes, los requisitos de haber ostentado una posesión inmediatamente anterior al despojo por parte del actor y que no haya transcurrido el plazo de un año y el acortamiento de plazos, como por ejemplo el del art. 548 LEC.

⁵² Sentencia de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 301/2018 de 5 de julio [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2018\210645]. Fecha de la última consulta: 19 de noviembre de 2020.

CAPÍTULO VII. APROXIMACIÓN AL CÓDIGO PENAL Y LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Se pretende en el presente capítulo abordar la problemática de las ocupaciones ilegales de bienes inmuebles desde una perspectiva penal, dado que, a pesar del carácter civil de este estudio, se presenta como una de las vías a emprender por el legítimo poseedor perturbado en su derecho.

Como ya se ha dicho, existe la tendencia en nuestro ordenamiento jurídico a calificar y aplicar el derecho penal como *ultima ratio*, por ser esta la rama más estricta en cuanto a efectos punitivos sobre los individuos se refiere. Sin embargo, dada la falta de capacidad del legislador para dotar a los procedimientos administrativos y civiles de la debida agilidad procesal para recuperar la posesión despojada y la falta de eficacia que ha desplegado la Ley 5/2018 desde su entrada en vigor, la vía penal sigue constituyendo un instrumento, si no igual, más efectivo para la finalidad última del demandante/denunciante, que es recuperar efectiva e inmediatamente la posesión de su vivienda, edificio, finca; la posesión material de su bien inmueble, en definitiva.

1. DELITOS DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y USURPACIÓN DE BIENES INMUEBLES

Conviene comenzar delimitando los dos preceptos penales que entran en juego en cuanto a ocupación ilegal de inmuebles se refiere. El **primero** de ellos, es el art. 202 CP por el cual se tipifica como conducta delictiva el allanamiento de morada de manera que *“El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”*⁵³, agravando la pena su apartado 2º en caso del uso de violencia o intimidación con tal fin. El **segundo precepto** implicado es el art. 245.2 CP, el cual penaliza la usurpación pacífica de bienes inmuebles, de modo que *“El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*⁵⁴.

Resulta relevante delimitar ambas figuras típicas dadas las diferencias punitivas y procesales según se opte por uno u otro.

⁵³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

⁵⁴ *Id.*

Al configurarse el delito tipificado en el art. 202 CP como delito menos grave, el juez de instrucción puede aprobar la adopción de medidas cautelares tendentes a la recuperación inmediata de la posesión en 72 horas y este será tramitado por medio del procedimiento del jurado; mientras que al estar definida la conducta tipificada del art. 245.2 como delito leve, este se tramitará por medio del procedimiento del juicio sobre delitos leves y no podrán adoptarse medidas cautelares para la recuperación inmediata de la posesión. Dicho lo anterior, parece lógico pensar que el legislador, con la aprobación de la Ley 5/2018, ha pretendido derogar tácitamente este precepto al conferir al actor en el proceso civil la posibilidad de solicitar la adopción de una medida cautelar⁵⁵, haciendo más efectivo (en principio) el proceso civil que el penal, el cual puede llegar a durar entre uno y dos años.

Los elementos necesarios para la comisión del delito tipificado en el art. 245.2 CP nos los recuerda la STS 800/2014, de 12 de noviembre, cuyo análisis excede del presente trabajo, estribando la principal diferencia entre este y el del 202 en el objeto material sobre el que recae la acción delictiva, siendo esta sobre inmuebles que constituyen morada y aquellos que no constituyen morada, estando doctrina y jurisprudencia de acuerdo en este aspecto. Sin embargo, lo que sí ha resultado conflictivo es el trato jurídico que se ha dado a las segundas residencias objeto de ocupación ilegal. A este respecto se ha pronunciado el TC en varias ocasiones (SSTC 209/2007, de 24 de septiembre; 283/200, de 27 de noviembre; 50/1995, de 23 de febrero, entre otras), estableciendo que los conceptos configuradores que definen lo que se considera como morada son **vida privada e intimidad**. Por tanto, el concepto de morada se erige como aquel *“recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección [...] cuantos anejos, aldaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores”* conforme la STS 1775/2000, de 17 de noviembre⁵⁶.

El concepto de domicilio del derecho penal es distinto al concepto de domicilio administrativo y civil, en los cuales debe seleccionarse un domicilio a efectos de notificación, domicilio fiscal, etc., siendo el domicilio penal toda clase de recinto en la que el individuo desarrolla su vida personal y familiar, como se ha visto. Por tanto, al ser susceptibles las segundas residencias de ser utilizadas como tales, parece lógico que este

⁵⁵ Vid.: Capítulo V.

⁵⁶ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 587/2020 de 6 de septiembre [versión electrónica-base de datos Cendoj. Ref. ES:TS:2020:3620]. Fecha de la última consulta: 26 de noviembre de 2020. FJ 2º.

tipo de viviendas queden protegidas por el precepto del art. 202, dada la carencia en el marco legislativo de disposición legal alguna que exija la determinación de su morada. El TC ha incluido en el concepto de morada a las segundas residencias⁵⁷ y también el TS ha establecido que *“Encontrarán la protección dispensada al domicilio aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad, alejadas de la intromisión de terceros no autorizados”*⁵⁸. Y es más, juristas de reconocida competencia, como MAGRO SERVET, reconocen que *“El concepto constitucional de domicilio, se extiende a la primera y segunda vivienda, como espacio en el que su morador puede desarrollar aspectos de su intimidad y privacidad”*⁵⁹, por tanto al proteger los derechos constitucionales del art 18.1 y 2 CE, sobre intimidad personal y familiar y inviolabilidad del domicilio, es necesaria la inclusión de las segundas residencias como escenarios para el desarrollo del art. 202. Se ha planteado la cuestión de cómo demostrar que el inmueble sobre el que recae la infracción constituye segunda residencia, no resultando problemática pues se presume que goza de estas características aquella vivienda que tiene contratados los servicios esenciales de luz, agua y gas y que se encuentra amueblada. De este modo, aquella perturbación en la posesión que recaiga sobre bienes inmuebles en desuso o deshabitados debería denunciarse con base en el art. 245.2 CP.

Pasemos ahora a analizar el bien jurídico protegido por ambos preceptos. El bien jurídico protegido por el art. 202 CP no plantea mayores complicaciones, pues el bien jurídico protegido es la intimidad personal, relacionada con la inviolabilidad del domicilio del art. 18.1 y 2 CE.

Mayores complicaciones plantea el bien jurídico protegido por el art. 245.2, pues su determinación ha sido y es una cuestión conflictiva, tanto para la doctrina, la cual ha establecido múltiples bienes jurídicos protegidos por este precepto como el patrimonio, la propiedad, el orden público, la posesión, la posesión civil, el patrimonio inmobiliario, etc., como para la jurisprudencia, en la que existen dos líneas que se analizarán *infra*.

Esta falta de consenso está provocada por la extraordinaria dificultad que entraña la definición del concepto de posesión, dada su doble naturaleza como situación de hecho y

⁵⁷ Vid. STC 10/2002, de 17 de enero y STC 189/2004, de 2 de noviembre.

⁵⁸ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 731/2013 de 7 de octubre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2013\7646]. Fecha de la última consulta: 26 de noviembre de 2020. FJ 4º.

⁵⁹ Magro Servet, V. “¿Delito de ocupación (art. 245.2 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?”, *Diario LA LEY*, n. 9680, 2020. p. 10.

de derecho sobre un bien. La posesión presenta dos escenarios diferentes, la situación de hecho o *“ius possessionis”*, como tenencia material de la cosa, y el poder jurídico o *“ius possidendi”*, como derecho a detentar la cosa. Esta complejidad conceptual de la posesión, derecho de carácter civil que se trata de recuperar, ha sido la causa de la adopción de dos distintas líneas jurisprudenciales que antes apuntábamos. La mayor parte de la jurisprudencia menor ha considerado que el bien jurídico protegido es el *“ius possessionis”* dado que es la única dimensión del derecho del legítimo poseedor que se puede ver lesionada como consecuencia de la usurpación, quedando el resto de facultades, al menos en el plano jurídico, intactas.

Por otro lado, la segunda línea jurisprudencial es la adoptada por el TS, también conocida como jurisprudencia mayor, según la cual el bien jurídico protegido sería el patrimonio inmobiliario, definido este como *“el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos”*⁶⁰. Sin embargo, aunque la conceptualización del TS es correcta a efectos técnicos, por lo comentado anteriormente sobre la carencia de vulneración de otros derechos reales, parece que el TS da la razón a la jurisprudencia menor implícitamente, a este respecto, CASAS HERVILLA, establece que *“De ahí que existan buenas razones para afirmar que la delimitación del bien jurídico protegido efectuada de un modo abrumadoramente mayoritario por la jurisprudencia menor resulte técnicamente más precisa que la desarrollada por el Tribunal Supremo, pues la conducta descrita por el precepto examinado únicamente resultará idónea para perturbar la posesión de hecho sobre el objeto del delito.”*⁶¹ A mi juicio, parece que el TS se ha dejado llevar por el hecho de que el precepto se incluya en el Código Penal en el Título XIII, el cual versa sobre los *“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”*.

Otro de los aspectos sobre los que la jurisprudencia no ha llegado a un acuerdo, es sobre la determinación de la ofensividad que la conducta de la ocupación supone sobre el bien jurídico protegido. Fruto del ilícito administrativo del art. 37.7 de la Ley de Seguridad Ciudadana, en adelante LSC, el cual establece como infracción leve *“La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el*

⁶⁰ Casas Hervilla, J. “Reflexiones en torno al delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles”, *Diario LA LEY*, n. 9709, 2020. p. 5.

⁶¹ *Ibid.*: p. 6.

mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”⁶², la delimitación de la ofensividad sobre el bien jurídico protegido, como medio de cumplimiento del principio de fragmentariedad penal, para decidir si se debe acudir a la vía administrativa, civil o penal, se ha complicado.

Son dos los aspectos que permiten medir el grado de ofensividad sobre el bien jurídico protegido por el art. 245.2 CP y que determinarán acudir a una u otra vía. El primero de ellos, el *ius utendi*, pues su grado de perturbación delimitará el grado de ofensividad al suponer una perturbación mayor aquella que recaiga sobre un bien que esté siendo objeto de uso en el momento de la ocupación. El segundo, el **daño patrimonial**, cuya determinación no es fácil. Para la medida del grado de ofensividad de este parámetro, se toma una definición funcional, como daño carente de valoración económica, pero que resulta un perjuicio para el sujeto pasivo de la conducta ilícita, al limitar el desarrollo personal y familiar reconocido constitucionalmente si, como se ha dicho, el ilícito recae sobre un bien en pleno uso y condiciones de habitabilidad.

Para concluir, simplemente mencionar que, como se ha visto, resulta relevante el estudio penal de la ocupación ilegal de bienes inmuebles, dado que los bienes jurídicos protegidos son de corte constitucional, en el caso del art. 202 CP, y de corte civil, en el caso del art. 245.2 CP, siendo esto muestra del carácter transversal a efectos jurídicos del presente objeto de estudio.

2. INSTRUCCIÓN N° 1/2020, DE 15 DE SEPTIEMBRE, SOBRE CRITERIOS DE ACTUACIÓN PARA LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DELITOS DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y USURPACIÓN DE BIENES INMUEBLES

En relación con los delitos que se acaban de mencionar y analizar sobre la ocupación ilegal de bienes inmuebles, destaca la reciente instrucción de la Fiscalía General del Estado, en adelante FGE, sobre los criterios a tomar con vistas a la solicitud de medidas cautelares por parte de los fiscales del territorio nacional en casos de allanamiento de morada y de usurpación de bienes inmuebles⁶³, con base en el art. 13 de la LECrim⁶⁴,

⁶² Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo de 2015).

⁶³ Fiscalía General del Estado, “Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles”, *BOE*, n. 255, 2020.

⁶⁴ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el cual se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882).

sobre protección de los afectados por medio de adopción de medidas cautelares, y relacionado con los arts. 544 bis y 544 ter de la misma ley, sobre prohibiciones de acudir a un determinado lugar o de acudir a lugares que se determinen. Esta instrucción trata de unificar criterios a nivel nacional de la actuación del Fiscal a la hora de instar a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares tendentes a la recuperación pacífica de la posesión del bien inmueble objeto de infracción penal, siendo estos criterios de obligado cumplimiento, y trata de este modo de arraigar un sentimiento de seguridad en el ciudadano.

Resulta relevante a efectos de este trabajo el apartado tres de esta Instrucción, el cual comienza haciendo referencia a la posibilidad de llevar a cabo diligencias previas a pesar de tramitarse la usurpación pacífica por el cauce de los delitos leves, en la que el denunciante podrá presentar cuantas pruebas del hecho punitivo desee. Continúa especificando los momentos procesales en que el MF podrá conocer de los delitos de usurpación y allanamiento de morada. Y termina haciendo referencia a los principios en que debe basarse la adopción de la medida cautelar:

- ***Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho:** se trata de que el Fiscal fundamente la solicitud de la medida cautelar con base en hechos que fundamenten la adopción de estas medidas, como sería información registral sobre el inmueble o el respectivo contrato, en caso de no ser el propietario el denunciante, dando asimismo la oportunidad al sujeto del delito de mostrar título que le autorice a poseer el inmueble, constatando en caso de no ser aportado título por este sujeto que la medida es procedente y se ajusta a derecho.
- ***Periculum in mora:*** esto es el posible riesgo que la conducta delictiva pueda suponer sobre la realidad fáctica sobre la que deba recaer la sentencia, provocando una posible inejecución en caso de falta de toma de medidas. En nuestro caso la apreciación del *periculum in mora* se fundamentaría en el posible deterioro que el bien pudiera sufrir como consecuencia de la ocupación, haciendo imposible la restitución a la situación previa a la ocupación del agraviado o siendo esta muy costosa, y en el perjuicio personal y material que pueda sufrir el legítimo poseedor por la imposibilidad de obtener frutos como consecuencia del alquiler del inmueble o la imposibilidad de desarrollo íntimo tanto personal y familiar, por ejemplo.

- **Juicio de proporcionalidad:** la propia Instrucción menciona la STC número 28/2020, de 24 de febrero, la cual establece los tres requisitos de constitucionalidad que debe cumplir toda medida restrictiva de derechos, pudiendo resumirse en que la medida sea idónea para conseguir el fin perseguido, su necesidad y que las ventajas obtenidas de su adopción sean mayores que de no llevarse a cabo, lo cual parece difícil que no sea así cuando si *“se ha cometido un delito, hay un derecho evidente a recuperar la posesión del domicilio, vivienda u otro inmueble y en cualquier caso el uso indebido, aunque sea respetuoso con el bien, siempre motivará un deterioro y privará de su disfrute o destino que estime oportuno su titular, soportando además unos gastos de los que no recibe compensación alguna durante el tiempo que perdura el delito”*⁶⁵.

Termina la Instrucción haciendo mención a la posibilidad de adoptar la medida cautelar *inaudita parte* siempre que se haya otorgado al sujeto del delito la posibilidad de defenderse mediante aportación de título justo y cuantas alegaciones estime pertinentes, pues de lo contrario se produciría un perjuicio innecesario al legítimo poseedor.

A pesar de que la Instrucción no lo menciona, sí que cabría solicitar el auxilio de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para la recuperación del bien en caso de allanamiento de morada, con base en los arts. 282 y 284 LECrim., y 11.1 b) y c) de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁶⁶.

Esta Instrucción no ha estado exenta de críticas⁶⁷, como la todavía inentendible discriminación a las personas jurídicas privadas para solicitar la medida cautelar, la utilización del criterio de si la vivienda está en uso efectivo o inminente para la adopción de la medida cautelar o la necesidad de aportación de certificación registral por el sujeto despojado.

⁶⁵ Muñoz Cuesta, J., “Ocupación de inmuebles y la instrucción 1/2020 de la FGE, sobre medidas cautelares para la recuperación de la posesión.”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 10, 2020, pp. 5-6.

⁶⁶ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (BOE 14 de marzo de 1986).

⁶⁷ Vid.: Rodríguez Lainz, J.L., “Discrepancias y refutaciones a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2020 sobre medidas cautelares de desalojo de inmuebles ocupados ilegalmente.”, *Diario LA LEY*, n. 9709, 2020.

CAPÍTULO VIII. PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En nuestro ordenamiento jurídico puede darse el caso de que, ante el impago reiterado de la cuota mensual del préstamo otorgado por una entidad financiera (por ser estas las que más comúnmente realizan este tipo de operaciones), esta proceda a ejecutar el bien inmueble dado en garantía con la finalidad de venderlo y con la cantidad obtenida cobrarse la deuda, dando el sobrante al deudor ejecutado, anterior propietario del inmueble. Recientemente, el TS se ha pronunciado sobre las cláusulas abusivas que preveían la posibilidad de ejecución ante el impago de un número reducido de cuotas, estableciendo que será de aplicación la Ley Hipotecaria y que se ejecutará la hipoteca cuando se dejase de pagar el 3% del total del préstamo o la cuantía equivalente a 12 mensualidades durante la primera mitad del plazo total pactado, y el 7% o 15 mensualidades si los impagos se producen con posterioridad⁶⁸.

Si bien, surge el problema de que dicha ejecución se realice sobre bienes inmuebles cuya posesión sea ostentada por terceros ocupantes. Resulta curioso que la LEC no garantice a este respecto una información fidedigna a cerca de la situación posesoria del bien objeto de subasta, solo centrándose en otorgar información registral actualizada (art. 656.2 LEC) sobre el inmueble, en la que en numerosas ocasiones no constará noticia alguna sobre esta posesión de tercero.

El art. 668.2 LEC establece que en la publicidad de la subasta se anunciará la situación posesoria del bien, si es que esta consta en el procedimiento de ejecución, de manera que, de no ser conocido este extremo por el Letrado de la Administración de Justicia, no se conocerá extremo alguno sobre esta cuestión durante el procedimiento. Parece necesario que se practiquen las diligencias previas oportunas, por medio de la personación de la Comisión Judicial, por ejemplo, a fin de otorgar más información a los posibles postores que pueden verse afectados por una situación que puede resultar en una efectiva carga que desconocían al adquirir el inmueble. Y, es más, también sería recomendable que la LEC estableciese algún mecanismo que pretendiese mantener la situación posesoria inicial, dado que durante los veinte días de duración de la subasta pueden aparecer terceros ocupantes.

Con la finalidad de entender mejor esta circunstancia y los problemas que plantea en función del carácter o existencia o inexistencia de título habilitante, procede realizar una

⁶⁸ *Vid.*: Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 463/2019 de 11 de septiembre [versión electrónica-base de datos Cendoj. Ref. ECLI: ES:TS:2019:2761]. Fecha de la última consulta: 29 de diciembre de 2020.

breve exposición sobre los terceros ocupantes que aparecen con mayor habitualidad en inmuebles subastados.

El primer grupo de ocupantes que podemos encontrar son aquellos que ocupan un bien sin título alguno que les legitime para ello, de manera que serían ocupantes ilegales. En estos casos, prevé el art. 675 LEC que el adjudicatario del bien solicite el desalojo en el plazo de un año desde la adquisición de este en el propio procedimiento de ejecución, no siendo oportuno acudir a los procedimientos ya vistos del art. 250.1 LEC dado que en ellos el demandante debe haber sido despojado de la posesión y no están previstos para casos de adquisición con ocupantes. Surge el problema de que se desconozca la identidad de los ocupantes, pues el art. 661.1 LEC prevé la notificación de la ejecución cuando se tenga constancia de la existencia e identidad de ocupantes distintos del ejecutado para que en el plazo de diez días exhiban título justificativo de su posesión. Se presenta nuevamente el problema que ya solventó la Ley 5/2018 en cuanto a la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes mediante la incorporación del art. 441.1 bis. De todas formas, parece que, aun con la legislación actual, se debe permitir la iniciación del incidente recogido en los arts. 661.2 y 675.3 LEC frente a los ignorados ocupantes, dado que uno de los mayores logros de la actual LEC fue que se integrase en el procedimiento de ejecución la posibilidad de discutir y decidir sobre el desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados, conforme al llamamiento realizado por el TC a nuestro legislador procesal⁶⁹. Además, ya se ha hecho referencia en este estudio al conflicto sobre la posible indefensión de los desconocidos ocupantes respecto a su identidad, pero no respecto a su paradero⁷⁰ y sobre la posibilidad de que la demanda pueda dirigirse contra los ignorados ocupantes a fin de evitar cambios de sujetos. En este caso, haciendo una aplicación analógica del art. 441.1 bis LEC, lo más coherente es que en el auto de finalización del incidente del art. 675.3 y 4 se haga constar que el lanzamiento se efectuará contra los ocupantes que se encuentren en ese momento en la vivienda, sean quienes sean.

Los otros dos terceros ocupantes más comunes son los arrendatarios y aquellos individuos que ostenten un derecho de uso del inmueble como consecuencia de atribución en un proceso matrimonial. El caso de los arrendatarios es el más complejo pues deberá

⁶⁹ Achón Bruñén, M.J., “Terceros ocupantes de viviendas y locales subastados: casos en que pueden o no permanecer en el inmueble tras la subasta y problemas procesales para su desalojo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n. 1, 2020, p. 2.

⁷⁰ *Vid.* Capítulo V

atenderse al CC o a la LAU, según la ley que configure el contrato, y dentro de la LAU, al momento de su celebración. Aun así, el criterio general es la inscripción registral previa o posterior al hecho que provoca la ejecución y la duración del contrato en el caso de viviendas, no habiendo una línea unificada para el resto de inmuebles.

Dado que en estos dos últimos casos los ocupantes sí poseen título que legitime su posesión, no se considera que sean ocupantes ilegítimos, quedando fuera del presente objeto de estudio.

El proceso para el desalojo de los terceros ocupantes en el proceso de ejecución se establece en el art. 661 LEC, sobre *“Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria”*, y en el art. 675 LEC, sobre *“Posesión judicial y ocupantes del inmueble”*.

El primer párrafo del art. 661.1 establece que *“Cuando, por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el Tribunal los títulos que justifiquen su situación. Esta notificación podrá ser practicada por el procurador de la parte ejecutante que así lo solicite o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el Letrado de la Administración de Justicia”*. Suscita este precepto algunas cuestiones problemáticas, como la posibilidad de que se notifique a los ignorados ocupantes (como ya se ha visto), lo cual no menciona, la innecesaria notificación a las personas que convivan con el ejecutado al ser ya conocedores del proceso de ejecución, salvo en aquellos casos en que se haya atribuido el derecho de uso en proceso matrimonial, la innecesaria comunicación a aquellos ocupantes con derecho inscrito antes de la hipoteca o anotación preventiva de embargo, dado que su derecho persistirá tras la ejecución y ya se habrá expresado en la certificación de cargas emitida por el registrador, el erróneo uso del término “notificación”, pues realmente es un requerimiento de exhibición de título posesorio y que, si se conoce la existencia de estos ocupantes en el momento del lanzamiento, será este el momento en el que se les notifique la existencia de la ejecución, en interpretación conjunta con el art 704.2 LEC⁷¹.

Recoge el 661.2 la legitimación activa para solicitar el desalojo de los terceros ocupantes del ejecutante, lo cual supone que otras personas interesadas en la ejecución hipotecaria,

⁷¹ Achón Bruñén, M.J., *Op. Cit.* p. 40.

como el ejecutado, no puedan ejercitar este derecho que influye en la determinación de la cuantía de la subasta, al no resultar atractiva la venta de un inmueble con terceros poseedores al tercer postor. Además, falla el art. 666.1, sobre criterios para el avalúo del precio de la subasta, al solo recoger como cargas a descontar aquellas inscritas, no considerando el contrato de arrendamiento como tal, a pesar de estar inscrito y de ocupar posición anterior al gravamen que origina la ejecución, constituyendo estos tipos de contratos una carga en sentido amplio de la palabra que ciertamente originaría una rebaja del precio inicial de la subasta. Por lo anterior, supone un problema que, fruto de una solicitud de desalojo con anterioridad al anuncio de la subasta, se dicte auto corroborando el derecho de los terceros ocupantes a poseer, pues difícilmente podrá el LAJ tener en cuenta esta circunstancia en aras de establecer el precio inicial sin unas directrices claras en el art. 666 LEC en estos casos.

Una vez adjudicado el bien y en caso de no haberse solicitado el desalojo previamente, dispone el adjudicatario del plazo de un año para solicitar el lanzamiento dentro del proceso de ejecución, pudiendo acudir al juicio declarativo en caso de que lo solicite transcurrido este plazo. Resulta polémica esta posibilidad en el caso de que la ejecución se haya concluido, dado que puede resultar forzado reabrir la misma para celebrar una vista con dos litigantes que con anterioridad pueden no haber sido parte en el procedimiento, rematante y arrendatario⁷².

Para finalizar, la tramitación del incidente del lanzamiento de los terceros ocupantes se regula en los arts. 675.3 y 4 LEC. Surgen problemas a este respecto que ya se trataron de solucionar con la Ley 5/2018, como se vio en el Capítulo V.

Se plantea si los ocupantes pueden ser citados a la vista por medio de edictos cuando se nieguen a recibir la notificación. Haciendo una interpretación extensiva de la Ley 5/2018 y de la STC 32/2019, de 28 de febrero, puede reconocerse que la notificación podrá realizarse en el tablón de anuncios de la oficina judicial, previa advertencia al interesado y haciéndolo constar en las diligencias previas.

Por otra parte, se plantea el problema de si se puede considerar compadecidos a los ocupantes en la vista cuando se presentan sin asistencia letrada ni procurador, siendo estos obligatorios en el proceso de ejecución. Dicha cuestión resulta de extrema relevancia al suponer la incomparecencia causa de desalojo inmediato sin posteriores trámites. Nada

⁷² *Ibid.*: p. 18.

establece la LEC a este respecto, por tanto, debe considerarse que la asistencia letrada y de procurador será preceptiva si lo es en el proceso de ejecución.

Nada menciona la LEC sobre si es posible que los terceros en el acto de la vista presenten título que justifique su situación en caso de que no lo hubiesen presentado en el plazo de 10 días otorgado al efecto (art. 661.1). En caso de considerarse el plazo preclusivo, se privaría al tercero de aportar su principal instrumento de defensa, provocando indefensión; por ello parece que sí es posible presentar título en el acto de la vista, más si cabe cuando la propia LEC no establece limitación alguna de aportar prueba en este sentido.

Por último, ha sido criticado que el auto finalizador del incidente no pueda ser recurrido, dado el poco perjuicio que ocasionaría en caso contrario. Si bien es cierto que el auto no ostenta carácter de cosa juzgada material, pudiendo los interesados hacer valer su derecho en juicio declarativo, parece que sufre éste cierta discriminación, pues los procesos de juicio verbal que pretenden la tutela sumaria de la situación posesoria tampoco tienen carácter de cosa juzgada material y, sin embargo, pueden ser recurridos.

CAPÍTULO IX. ANÁLISIS DE LA INEFICACIA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

1. CARENANCIA DE ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE A LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL

Según NAVEIRA MANTEIGA deben cumplirse tres condiciones para que la acción ejercitada contra los ilegales ocupantes sea eficaz⁷³:

1. Una correcta adecuación de la legislación a la realidad social vigente en cada momento, dado que el derecho debe estar en continua evolución y solo así podrán obtenerse resoluciones judiciales más justas, evitarse litigios y, en definitiva, obtenerse una mayor igualdad ante la ley.
2. Una interpretación de la normativa vigente teniendo en cuenta la realidad social en que nos encontremos en cada momento por parte de la jurisprudencia, pues así lo establece el art. 3.1 CC, debido a que en numerosas ocasiones la legislación se sitúa por detrás de la realidad social en constante cambio. Ejemplo de ello es la utilización de nuevas alegaciones de vulnerabilidad que los ocupas utilizan en la actualidad basadas en la pandemia del COVID-19⁷⁴.
3. La rapidez de la justicia en la resolución de los procedimientos judiciales, pues es lógico pensar que una justicia lenta es más injusta.

Ninguno de estos requisitos se cumple en lo que a ocupación ilegal de bienes inmuebles se refiere, lo que provoca una sensación de inseguridad en el ciudadano y que lejos de disuadir produce un efecto llamada para la ocupación.

Establece el mismo autor que una de las causas de estos problemas es la aprobación de la legislación vigente en una época en la cual la mayor parte de las ocupaciones se producían por personas que basaban esta en una autorización previa por parte del propietario del

⁷³ Naveira Manteiga, J., “Recuperación de la posesión de bien inmueble ante una ocupación ilegal: problemática actual”, *Consejo General de la Abogacía Española*. (disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/recuperacion-de-la-posesion-de-bien-inmueble-ante-una-ocupacion-ilegal-problematica> actual/#:~:text=Cuando%20hablamos%20de%20OCUPACION%20ILEGAL,uso%20de%20dicho%20bien%20inmueble%20%E2%80%93; última consulta 16/12/2020).

⁷⁴ Vid.: Durán, L., “La nueva estrategia de los okupas: alegar Covid para retrasar los desahucios judiciales”, *El Mundo*, 23 de noviembre de 2020, (disponible en: <https://www.elmundo.es/madrid/2020/11/23/5fad20ecfdddff1e958b45be.html> ; última consulta 16/12/2020).

inmueble, siendo esto síntoma de la gran protección que otorgan las disposiciones legislativas y Tribunales⁷⁵.

En esta misma línea se han manifestado SÁNCHEZ GARCÍA y PÉREZ DAUDÍ afirmando que *“aunque no hay ninguna ley que ampare la ocupación entendida como usurpación de la posesión de un bien inmueble a su legítimo poseedor, nuestra legislación procesal no dispone de instrumentos rápidos y eficaces para que el propietario pueda recuperar la posesión de su bien”*⁷⁶ e incluso el legislador al afirmar en el preámbulo de la misma Ley 5/2018, a la que se hará referencia a continuación, que *“ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio”* y que *“tampoco encuentra protección suficiente la función social que han de cumplir las viviendas que tienen en su haber las entidades sociales o instrumentales de las Administraciones públicas, para ser gestionadas en beneficio de personas y familias vulnerables, puesto que un porcentaje demasiado elevado del referido parque de viviendas se encuentra ocupado de forma ilegal, especialmente en los núcleos urbanos”*⁷⁷.

Resulta curiosa la ineficacia de la legislación española en relación con otros países europeos⁷⁸, en los que el desalojo se produce de manera mucho más rápida y eficiente, pues *“La rapidez del desalojo ilegal se convierte en el principal antídoto contra la okupación ilegal. Así lo han entendido en otros países que establecen sanciones eficientes y disuasorias. Medidas rápidas como es el caso de Gran Bretaña donde el propietario inicia el procedimiento rellenando un formulario por internet que se resuelve con gran celeridad. Otros países como Francia y Dinamarca tienen mecanismos rápidos de desalojo por autoridad administrativa”*⁷⁹. Esta situación ha provocado que organismos

⁷⁵ Naveira Manteiga, J., *Op. Cit.* p. 44.

⁷⁶ Jiménez París, J. M., “Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas”, *Diario LA LEY*, n. 8448, 2018, p. 4-5.

⁷⁷ Preámbulo 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 (BOE 12 de junio de 2018).

⁷⁸ *Vid.*: Libre Mercado, “Así echan a los okupas en el resto de Europa: España y Portugal son una anomalía”, 9 de mayo de 2018, (disponible en: <https://www.libremercado.com/2018-05-09/asi-echan-a-los-okupas-en-el-resto-de-europa-espana-y-portugal-son-una-anomalia-1276618343/> ; última consulta 16/12/2020).

⁷⁹ Cuenca Casas, M., *Op. Cit.* p. 19.

internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), hayan implorado al gobierno español para que proteja al propietario⁸⁰.

Volviendo a la Ley 5/2018 de medidas de agilización del proceso para la recuperación de viviendas, esta no ha estado exenta de críticas al no haber conseguido los fines pretendidos y suponer una simple aspiración para la recuperación inmediata de la posesión; afirma MAGRO SERVET que se aprobó “*como la panacea para dar una respuesta eficaz a esta forma de actuar, pero que no ha dado los resultados esperados como se preveía al principio*”⁸¹.

Entre las críticas más comentadas por doctrina y jurisprudencia destacan que no se haya incluido a las entidades de carácter privado entre aquellos sujetos con legitimación activa para solicitar la medida cautelar de desalojo en la demanda, lo cual supone una discriminación dado que lo que se pretende es la protección de la posesión independientemente del sujeto que sufra el despojo, cargando a estas entidades con el problema de la vivienda social, la exclusión de inmuebles distintos de vivienda, la irrecorribilidad del auto que decreta el desalojo, pues por el mero hecho de aportar título de aparente validez por el ocupante ilegal, el juez desestimaré el desalojo a la más mínima duda⁸², el hecho de que la ejecución de la sentencia judicial esté sujeta a la actuación de los servicios sociales⁸³, y según afirman PÉREZ DAUDÍ y SÁNCHEZ GARCÍA, la acción del art. 250.1.4º LEC “*tiene dos limitaciones significativas: le es de aplicación un plazo de caducidad de un año (art. 439 LEC); y, sobre todo, ha de acreditarse un despojo o perturbación que lesionen un estado posesorio previo, que en muchos casos no existe (por ejemplo, por haberse recibido el inmueble en herencia o por adquisición en un concurso de acreedores). Por esta última razón, tampoco da solución a la problemática de «ocupación»*”⁸⁴.

⁸⁰ Vid.: Marrero, D., “El FMI recomienda a España impulsar la vivienda pública de alquiler y proteger al propietario”, *Idealista News*, 16 de noviembre de 2020, (disponible en: https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/11/16/787923-el-fmi-recomienda-a-espana-mas-vivienda-publica-de-alquiler-y-proteger-al#xts=582065&xtor=EPR-1062-%5Bnews_weekly_20201120%5D-20201120-%5Bm-01-titular-node_787923%5D-32681677@3 ; última consulta 16/12/2020).

⁸¹ Pérez Daudí, V., Sánchez García, J., “La okupacion de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo”, *Diario la Ley*, n. 9687, 2020, p. 9.

⁸² Cfr. Cuenca Casas, M., *Op. Cit.* p. 19.

⁸³ Magro Servet, V., *Op. Cit.* p. 34.

⁸⁴ Jiménez París, J. M., *Op. Cit.* p. 45.

2. LENTITUD DE LA JUSTICIA EN LA RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTOS

Durante los últimos años, el problema de la ocupación ilegal, lejos de ir disminuyendo paulatinamente, ha experimentado un incremento exponencial, tal y como afirman los datos recogidos en las Memorias de la Fiscalía General del Estado⁸⁵.

Además, autores como MAGRO SERVET, también han manifestado su descontento con esta cuestión, que no siempre es imputable a la actuación de Juzgados y Tribunales, sino que el retraso se produce también por la actuación lenta de los órganos de la administración pública y servicios sociales en el momento de la ejecución de la sentencia, pues *“el retraso que supone la ejecución en tanto en cuanto si existe situación de vulnerabilidad es preciso estar a la espera de las medidas adoptadas por los servicios sociales de los Ayuntamientos hasta que se pueda encontrar alojamiento a las personas que ocuparon la vivienda”*⁸⁶ perjudica, no solo a los propietarios y poseedores, sino también a núcleos vecinales que en gran cantidad de ocasiones sufren las consecuencias de la ocupación en mayor medida que los propios propietarios.

Los datos proporcionados por el CGPJ⁸⁷ corroboran esta lentitud en cuanto a proceso y ejecución de sentencia se refiere. Si bien es cierto que en casos de usurpación de la posesión se puede recurrir al proceso penal y civil, la única característica común a ambos es la lentitud en la tramitación. En 2019 el tiempo medio de duración del proceso civil fue en total de 36 meses hasta la obtención de sentencia firme, incremento de 2 meses con respecto a 2018 (33). En cuanto al proceso penal, en 2019 la duración media fue de 18 meses, 1 mes más que en 2018 (17). A ambos procesos hay que sumar el plazo de ejecución de la sentencia, que se extiende hasta los 6 meses en el caso de la jurisdicción civil y a 4 en la penal.

En cuanto al caso que nos ocupa, el CGPJ afirma en su informe sobre la panorámica de la justicia en 2019 que *“Han aumentado las duraciones medias estimadas de todos los tipos de juicios verbales. [...] Para los recientemente introducidos juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas, su duración media en 2019 ha sido de 5,2*

⁸⁵ Cfr. *Id.*

⁸⁶ Magro Servet, V., *Op. Cit.* p. 34.

⁸⁷ Consejo General del Poder Judicial, “La justicia dato a dato año 2019. Estadística Judicial”, 2019 (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> ; fecha de última consulta 17/12/2020)

meses, muy superior a los 2,6 meses de 2018”⁸⁸ lo cual es muestra de que los procesos de recuperación de la posesión no son un caso aislado dentro de los procesos civiles. Hay que tener en cuenta que en cada comunidad autónoma la duración varía, destacando el caso de Cataluña, una de las comunidades en las que el juicio verbal dura más tiempo (8,3 meses) y en la que más casos de ocupación se producen⁸⁹.

3. POSIBLES REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE E INTERPRETACIÓN DE LA MISMA POR LOS TRIBUNALES

Algunos autores han propuesto soluciones a esta ineficacia y lentitud del proceso y legislación vigente, tanto en el área penal como en el civil.

Dado que el delito del art. 245.2 al considerarse como leve por la pena impuesta no permite la adopción de medida cautelar que posibilite el desalojo y consiguiente recuperación de la posesión inmediatamente, MAGRO SERVET propone añadir un nuevo artículo 544 sexies. sobre medidas cautelares penales, el cual quedaría redactado de la siguiente manera:

*“En los casos en los que se investigue un delito del art. 245 del Código Penal, el Juez o Tribunal, adoptará motivadamente la medida del lanzamiento en el plazo máximo de 72 horas desde la petición cautelar, en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título posesorio por el que están ocupando el inmueble. Antes de efectuar el lanzamiento podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento en el caso de que por las circunstancias del caso así se apreciare.”*⁹⁰

Este artículo daría pie a la petición de medida cautelar urgente para el desalojo.

Otra de las soluciones que propone el citado autor es la inclusión en el art. 245 CP de un apartado 3º que permita la tramitación de este delito conforme a un delito de carácter menos grave pudiendo así incoar diligencias previas con petición de medida cautelar por medio del art. 13 LECrim. La redacción quedaría como sigue:

“3. El que ocupare, sin justo título, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada habitual, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular,

⁸⁸ “Informe Panorámica de la Justicia durante 2019”, Consejo General del Poder Judicial, 2019, (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Panoramica-de-la-Justicia/>; fecha de última consulta 17/12/2020).

⁸⁹ Vid.: Capítulo III.

⁹⁰ Magro Servet, V., *Op. Cit.* p. 34.

será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. (es el actual apartado 2º del art. 245 CP pero agravando la pena que se va a un mínimo de 6 meses.)”⁹¹

Asimismo, en línea con MAGRO SERVET, la Comisión de Normativa del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y del Consejo de Ilustres Colegios de Abogados de Catalunya han propuesto incorporar también un art. 544 sexies. en la LECrim. con la siguiente redacción:

“En los casos en los que conozca de un delito del artículo del 245 Código Penal, el Juez o Tribunal adoptará motivadamente la medida de desalojo en el plazo máximo de 48 horas desde la petición cautelar, en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título jurídico que legitime la permanencia en el inmueble. Acordado el desalojo podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento atendiendo a la especial vulnerabilidad de los ocupantes o a las demás circunstancias del caso.”⁹²

Y modificar el art. 13 LECrim con el fin de dotarle de coherencia y cohesión:

“Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis, la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o del artículo 544 sexies de esta ley, así como aquellas otras que se consideren adecuadas y proporcionadas a fin de proteger de inmediato los derechos de las víctimas”. Esta modificación va en línea con la propuesta por la Fiscalía General del Estado en su memoria de 2017, según la cual propone incluir un inciso en el art. 13 LECrim que prevea la posibilidad de adoptar una medida cautelar para el reintegro de la posesión a los legítimos titulares de manera expresa.

Por otra parte, PÉREZ DAUDÍ y SÁNCHEZ GARCÍA consideran que en la Ley 5/2018 quedó pendiente la regulación adecuada del proceso de ejecución, dado que esta ley solamente establece la remisión de la información a los servicios sociales sin otra previsión al respecto. Por ello, proponen añadir *“un nuevo apartado al artículo 441 LEC que prevé la suspensión del lanzamiento por un plazo de uno o tres meses, si el ejecutante*

⁹¹ *Id.*

⁹² Pérez Daudí, V., Sánchez García, J., *Op. Cit.* p. 46.

es persona física o jurídica respectivamente, si los afectados por un desahucio arrendaticio se encuentran en situación de vulnerabilidad social y/o económica”⁹³.

CUENA CASAS propone una reforma de la LEC, por la que se amplíe el ámbito de aplicación de la Ley 5/2018 “*y extender el uso de la medida cautelar también a personas jurídicas y a inmuebles distintos de vivienda y que se habilite trámite o vista dentro del incidente de desalojo para evaluar la veracidad del título de forma que no se bloquee la medida con la simple presentación de un documento.*”⁹⁴

NAVEIRA MANTEIGA, además de algunas de las sugerencias que se han manifestado en este apartado, propone añadir un nuevo artículo 11 ter. a la LEC que dote de legitimación activa a Comunidades de Propietarios, que en muchas ocasiones sufren más las consecuencias de la ocupación que los propios poseedores legítimos, y a los Ayuntamientos con base en la legitimación activa extraordinaria prevista en el art. 10 párr. 2º. Además, propone también la reforma del art. 449 LEC por medio de la adición de un apartado 2 que “*establezca la obligatoriedad de que el ocupante que pretenda recurrir la resolución que le condena al desalojo de la vivienda en base a la acción ejercitada en los artículos 250.1.2º y 250.1.7º de la L.E.C deba proceder a realizar una consignación económica al igual que sucede con los que pretenden recurrir la sentencia condenatoria en los desahucios por falta de pago.*”⁹⁵

Este mismo jurista, realiza dos recomendaciones⁹⁶ a los tribunales a efectos interpretativos de la legalidad vigente:

- Por una parte, recomienda que se delimite correctamente y de manera uniforme, por parte de la jurisdicción penal, el tipo penal infringido por los ilegítimos ocupantes y que, en aquellos supuestos en los que exista infracción penal, la medida cautelar del desalojo del art. 13 y concordantes LECrim. se tome como regla general y no como excepción;
- Por otra parte, misma sugerencia hace en el ámbito civil para que la medida cautelar de desalojo del ocupante prevista en el art. 727 y concordantes, se tome como criterio general y no como excepción. Esta sugerencia a los tribunales podría implicar no tener que llevar a cabo ciertas reformas propuestas, como la

⁹³ *Id.*

⁹⁴ Cuena Casas, M., *Op. Cit.* p. 19.

⁹⁵ Naveira Manteiga, J., *Op. Cit.* p. 44.

⁹⁶ *Id.*

modificación del art. 449 LEC, y solucionaría en cierta medida la lentitud de la justicia, al poner fin con anterioridad el perjuicio causado a los afectados.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La ocupación ilegal de bienes inmuebles es un problema actual y en aumento en España. Se ha registrado un aumento en los últimos años de los casos de ocupaciones ilegales, lo que es muestra de que los medios legales y procesales de que dispone el perjudicado en el ordenamiento jurídico español se presentan del todo ineficaces y, lejos de provocar un efecto disuasorio, más bien producen el efecto contrario. Resulta sorprendente que las Autoridades no hayan conseguido desarrollar un medio efectivo que trate de contrarrestar este fenómeno, el cual lleva produciéndose desde los años 80 en España.

SEGUNDA.- El derecho constitucional a una vivienda digna no es un derecho cuya eficacia sea inmediata y directa, de modo que alegar el contenido del art. 47 como excusa para realizar una ocupación ilegal carece de toda lógica al corresponder a la Administración Pública su cumplimiento y no al propietario privado. Por otra parte, la propiedad privada (art. 33 CE) solo puede ser limitada en casos de expropiación, teniendo en cuenta la función social establecida en las leyes, dado su carácter de derecho fundamental al recogerse en el Capítulo II del Título I CE.

TERCERA.- No se aprecia fundamentación jurídica en la discriminación efectuada por el legislador al privar a entidades de carácter privado y a legítimos poseedores de bienes inmuebles distintos de vivienda a acudir a la vía del interdicto de tutela sumaria de la posesión (Art. 250.1.4º LEC) para recuperar la posesión despojada. La finalidad del interdicto de tutela sumaria de la posesión es la recuperación de la posesión despojada a su legítimo poseedor, independientemente de quien sea este y del carácter del bien inmueble objeto de despojo.

CUARTA.- En el procedimiento de tutela interdictal de la situación posesoria (art. 250.1.4º), se hace depender la ejecución de una sentencia firme de la actuación de los Servicios Públicos encargados de dar asilo y cobijo a los ilegales ocupantes en situación de vulnerabilidad. Supone esta cuestión una de las principales causas de demora de la recuperación del bien inmueble pues los Servicios Públicos en la mayoría de las ocasiones no actúan con la rapidez necesaria para realojar a los ocupantes, sin la que la recuperación de la posesión no puede producirse, conforme a la ley.

QUINTA.- Se recomienda acudir a la vía penal en caso de viviendas en efectivo uso y a las vías administrativa y civil en caso contrario, dada la menor ofensividad que supone

sobre el bien jurídico protegido ocupar una vivienda en desuso. Esto es así por la mayor rapidez en la recuperación de la vivienda que supone basar la denuncia en la infracción del art. 202 CP, pudiendo establecerse la medida cautelar del desalojo del art. 13 LECrim.

SEXTA.- Existe una palpable falta de consenso entre legislador y jurisprudencia e, incluso, dentro de la misma jurisprudencia en la delimitación de diversos conceptos jurídicos clave para la defensa del legítimo propietario, como pueden ser el precario, el bien jurídico protegido, el concepto de posesión, etc. La unificación de criterios e interpretaciones ayudarían a dotar al sistema de una mayor seguridad jurídica y resolver de manera más eficaz las ocupaciones ilegales de bienes inmuebles.

SÉPTIMA.- No se encuentran razones lógicas por las que el legislador no haya adaptado la legislación al caso de ejecuciones hipotecarias con terceros ocupantes como sí hizo con el proceso del interdicto de tutela de la situación posesoria del art. 250.1.4º. Esta cuestión ha provocado que algunas partes del proceso de ejecución hipotecaria de bienes inmuebles con terceros ocupantes se interpreten conforme a la reforma implementada en la Ley 5/2018, lo que supone ayuda a adecuar el proceso a la realidad social actual, pero aún así deja cuestiones relevantes sin una interpretación clara ni unánime.

OCTAVA.- Se da una incomprensible pasividad por parte de las instituciones ante ocupaciones llevadas a cabo por grupos criminales, mafias y movimientos de corte político, y carencia de actuación ante la tangible ineficacia de las reformas llevadas a cabo, las cuales lejos de solucionar el problema parece que lo agravan dado el notable aumento de las ocupaciones ilegales tras la aprobación de la Ley 5/2018, última modificación relevante sobre este aspectos.

NOVENA.- Es un hecho, y así lo han expresado numerosos juristas de reconocida competencia, que la legislación y los procedimientos que tratan de resolver el problema de la ocupación ilegal de bienes inmuebles son ineficaces en su finalidad última, la recuperación inmediata de la posesión.

Las principales razones de esta ineficacia son: la falta de adaptación por parte del legislador de la normativa que rige esta cuestión a la realidad social actual y, con ella, la consiguiente falta de adaptación de la interpretación jurisprudencial de la legislación a la actualidad; y la lentitud con la que se tramitan los procedimientos en sede judicial.

DÉCIMA.- La lentitud del legislador a la hora de adecuar la legislación a la actualidad social y la lentitud de la administración de justicia, provocan indefensión y vulneración

del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrados en el art. 24 CE. Esta cuestión se presenta como un problema estructural en España y de difícil solución al aumentar en la misma medida el número de procesos en tramitación y el número de ocupaciones.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitución española (BOE 29 de diciembre de 1978).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 de noviembre de 2003).

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 (BOE 12 de junio de 2018).

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (BOE 14 de marzo de 1986).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo de 2015).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el cual se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889).

2. JURISPRUDENCIA

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, núm. 140/2011 de 28 noviembre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2012\39406]. Fecha de la última consulta: 13 de noviembre de 2020. Razonamiento Jurídico 1º.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 10/2002 de 17 de enero [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. RTC 2002\10]. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2021.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 290/2002 de 2 de noviembre [versión electrónica-Buscador de jurisprudencia constitucional Ref. ECLI:ES:TC:2004:189]. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2021.

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 637/2002 de 18 noviembre [versión electrónica – bases de datos Aranzadi. Ref. JUR 2003\100664]. Fecha de la última consulta: 22 de octubre de 2020. FJ 3º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 731/2013 de 7 de octubre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2013\7646]. Fecha de la última consulta: 26 de noviembre de 2020. FJ 4º.

Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del TS núm. 214/2015 de 23 abril [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2015\1209]. Fecha de la última consulta: 29 de octubre de 2020. FJ 4º.

Sentencia de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 301/2018 de 5 de julio [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2018\210645]. Fecha de la última consulta: 19 de noviembre de 2020.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo núm. 269/2018 de 20 de septiembre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2018\304161]. Fecha de la última consulta: 18 de noviembre de 2020.

Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 13ª) núm. 720/2018 de 13 de diciembre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. AC 2019\102]. Fecha de la última consulta: 4 de noviembre de 2020. FJ 3º.

Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 4ª) núm. 880/2018 de 7 de diciembre [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. AC 2019\507]. Fecha de la última consulta: 27 de octubre de 2020. FJ 2º y 3º.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 32/2019 de 28 de febrero [versión electrónica-base de datos Aranzadi. Ref. RTC\2019\32]. Fecha de la última consulta: 4 de noviembre de 2020. FJ 3º.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 463/2019 de 11 de septiembre [versión electrónica-base de datos Cendoj. Ref. ECLI: ES:TS:2019:2761]. Fecha de la última consulta: 29 de diciembre de 2020.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) núm. 619/2020 de 7 de julio [versión electrónica - base de datos El Derecho. Ref. EDJ 2020/625895]. Fecha de la última consulta: 28 de octubre de 2020. FJ 3º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 587/2020 de 6 de septiembre [versión electrónica-base de datos Cendoj. Ref. ES:TS:2020:3620]. Fecha de la última consulta: 26 de noviembre de 2020. FJ 2º.

3. OBRAS DOCTRINALES

Aranda, R. Díaz, M. Rodríguez, M. Mondéjar, M. Pérez, M. *Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo IV.* Aranzadi, Madrid, 2013.

Achón Bruñén, M.J., “Terceros ocupantes de viviendas y locales subastados: casos en que pueden o no permanecer en el inmueble tras la subasta y problemas procesales para su desalojo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n. 1, 2020.

Ben Gómez, C., “Precario y ocupación ilegal de viviendas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, parte estudios, n. 1, 2019.

Casas Hervilla, J. “Reflexiones en torno al delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles”, *Diario LA LEY*, n. 9709, 2020, pp. 1-9.

Díez-Picazo, L. Gullón, A. “La ocupación”, *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 165-171.

Díez-Picazo, L. Gullón, A. “La propiedad”, *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 137-151.

Etxezarreta Etxarri, A. Hoekstra, J. Dol, K. Cano Fuentes, G. “De la burbuja inmobiliaria a las ejecuciones hipotecarias” *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, n. 174, 2012. pp. 597-613.

Fraga Mandián, A., “La ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas. Aspectos generales”, *Proceso civil: cuaderno jurídico*, n. 133, Madrid, 2018, pp. 15-22.

Fiscalía General del Estado, “Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles”, *BOE*, n. 255, 2020, pp. 81206-81218.

González Cervera, M.I. Maldonado Ramos, J. Xiol Ríos, J.A. “Distinción entre comodato y precario. Doctrina jurisprudencial [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2008-2009].”, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Aranzadi. Madrid. 2009.

Ibarra Sánchez, J.L., “La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes”, *Revista Aranzadi*, n. 10, 2018.

Jiménez París, J. M., “Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas”, *Diario LA LEY*, n. 8448, 2018, pp. 1-16.

López Chocarro, I., “La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación”, *Diario LA LEY*, n. 9204, 2018.

Magro Servet, V. “¿Delito de ocupación (art. 245.2 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?”, *Diario LA LEY*, n. 9680, 2020.

Martínez López, M., “El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización”, *Revista de estudios de juventud*, n. 76, 2007, pp. 225-243.

Muñoz Cuesta, J., “Ocupación de inmuebles y la instrucción 1/2020 de la FGE, sobre medidas cautelares para la recuperación de la posesión.”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 10, 2020.

Pérez Daudí, V., Sánchez García, J., “La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble”, *Diario LA LEY*, n. 9008, 2017.

Pérez Daudí, V., Sánchez García, J., “La okupacion de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo”, *Diario LA LEY*, n. 9687, 2020.

Rodríguez Lainz, J.L., “Discrepancias y refutaciones a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2020 sobre medidas cautelares de desalojo de inmuebles ocupados ilegalmente.”, *Diario LA LEY*, n. 9709, 2020.

4. RECURSOS DE INTERNET

Ayuso, E., “Nadie sin hogar”, *El País*, 24 de octubre de 2019. (disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/10/22/3500_millones/1571756654_099827.html; última consulta: 13/01/2021).

Bermejo Morras, F. “Antecedentes de los “okupas”: La ocupación de inmuebles en Europa occidental”, *La Okupación: los precedentes, el movimiento y la legislación*.

Universidad de Barcelona. (disponible en <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/ciudadania/trabajos/9899/1/21.htm> ; última consulta 02/11/2020).

Bermejo Morras, F., “El movimiento "okupa" en el Estado español.”, *La Okupación: los precedentes, el movimiento y la legislación*, Universidad de Barcelona.(disponible en <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/ciudadania/trabajos/9899/1/22.htm>; última consulta 02/11/2020).

Comunicación Poder Judicial. Las ejecuciones hipotecarias disminuyeron un 36,5 por ciento en 2019 y, con un total de 17.411, alcanzaron la cifra más baja de los últimos doce años. Consejo General del Poder Judicial. 2020 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-ejecuciones-hipotecarias-disminuyeron-un-36-5-por-ciento-en-2019-y--con-un-total-de-17-411--alcanzaron-la-cifra-mas-baja-de-los-ultimos-doce-anos->; última consulta: 02/11/2020).

Consejo General del Poder Judicial, “La justicia dato a dato año 2019. Estadística Judicial”, 2019 (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> ; fecha de última consulta 17/12/2020).

Consejo General del Poder Judicial, “Informe Panorámica de la Justicia durante 2019”, 2019, (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Panoramica-de-la-Justicia/> ; fecha de última consulta 17/12/2020).

Cuena Casas, M., “La deficiente tutela procesal civil de la posesión: una llamada a la “okupación” de inmuebles”, *Hay derecho. Por una conciencia cívica*, 15 de diciembre de 2020, (disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/12/15/la-deficiente-tutela-procesal-civil-de-la-posesion-una-llamada-a-la-okupacion-de-inmuebles/> ; última consulta 17/01/2021).

Durán, L., “La nueva estrategia de los okupas: alegar Covid para retrasar los desahucios judiciales”, *El Mundo*, 23 de noviembre de 2020, (disponible en: <https://www.elmundo.es/madrid/2020/11/23/5fad20ecfdddf1e958b45be.html> ; última consulta 16/12/2020).

EpData., “Las denuncias por ‘okupación’ en España, en gráficos”, 25 de septiembre de 2020. (disponible en: <https://www.epdata.es/datos/denuncias-okupacion-graficos/560>; última consulta: 01/04/2021).

Fernández, R., “Denuncias por ocupación de inmuebles por CC.AA. de España 2019-2020”, *Statista*, 31 de marzo de 2021. (disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1223629/denuncias-por-ocupacion-ilegal-de-inmuebles-por-cc-aa-de-espana/>; última consulta: 01/04/2021).

Ginés, G., Manso, C., “La lacra de la ocupación ilegal: España supera los 40 casos al día”, *ABC*, 1 de diciembre de 2020. (disponible en: https://www.abc.es/economia/abci-lacra-ocupacion-ilegal-espana-supera-40-casos-202008102303_noticia.html; última consulta: 01/04/2021).

Gomá Garcés, I., “Okupación: males que por otros males vienen”, *Hay Derecho. Por una conciencia cívica*, 22 de julio de 2020. (disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/22/okupacion-males-vienen/> ; última consulta: 17/01/2021).

Libre Mercado, “Así echan a los okupas en el resto de Europa: España y Portugal son una anomalía”, 9 de mayo de 2018, (disponible en: <https://www.libremercado.com/2018-05-09/asi-echan-a-los-okupas-en-el-resto-de-europa-espana-y-portugal-son-una-anomalia-1276618343/> ; última consulta 16/12/2020).

Marrero, D., “El FMI recomienda a España impulsar la vivienda pública de alquiler y proteger al propietario”, *Idealista News*, 16 de noviembre de 2020, (disponible en: https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/11/16/787923-el-fmi-recomienda-a-espana-mas-vivienda-publica-de-alquiler-y-proteger-al#xts=582065&xtr=EPR-1062-%5Bnews_weekly_20201120%5D-20201120-%5Bm-01-titular-node_787923%5D-32681677@3 ; última consulta 16/12/2020).

Naveira Manteiga, J., “Recuperación de la posesión de bien inmueble ante una ocupación ilegal: problemática actual”, *Consejo General de la Abogacía Española*. (disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/recuperacion-de-la-posesion-de-bien-inmueble-ante-una-ocupacion-ilegal-problemática-actual/#:~:text=Cuando%20hablamos%20de%20OCUPACION%20ILEGAL,uso%20de%20dicho%20bien%20inmueble%20%E2%80%93> ; última consulta 16/12/2020).