

## CUESTIONES JURÍDICAS EN TORNO A LA OCUPACIÓN ILEGAL DE BIENES INMUEBLES

María Rosario Martín Briceño<sup>1</sup>

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Rey Juan Carlos

---

TITLE: *Legal issues about squatting of real estate.*

RESUMEN: La ocupación ilegal de viviendas en un edificio, ya sean de titularidad privada o pública, implica el despojo de un derecho atribuible a su legítimo titular. En consecuencia, esta situación requiere la adopción de una serie de medidas destinadas a la restitución de la posesión a quien le corresponda tenerla, y siempre con una cierta celeridad. Que el instrumento jurídico utilizado para conseguir el desalojo del inmueble sea de naturaleza civil o penal dependerá de la conducta del ocupante.

ABSTRACT: *The squatting in any buildings, either private or public ownership, implies the divesting of a right belonging to its legal owner. Consequently, this situation requires the adoption of a series of measures destined to the possession to be returned to whom it may concern to have it, and always with a certain speed. Whether the legal instrument used to obtain the eviction from the house is a civil or criminal proceeding will depend on the occupying conduct.*

PALABRAS CLAVE: Ocupación ilegal, posesión, propiedad, arrendamiento, allanamiento de morada y usurpación.

KEYWORDS: *Squatting, possession, property, renting, breaking and entering and usurpation.*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA OCUPACIÓN, LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES. 3. LA USUCAPIÓN Y LA OCUPACIÓN ILEGAL. 4. MEDIDAS CIVILES Y PENALES FRENTE A LA OCUPACIÓN ILEGAL. 4.1. *Instrumentos jurídico-civiles.* 4.2. *El delito de allanamiento de morada y el principio de inviolabilidad del domicilio.* 4.3. *El delito de usurpación.* 5. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE USO Y DISFRUTE SOBRE BIENES INMUEBLES Y LA OCUPACIÓN ILEGAL. 6. LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS FRENTE A LA OCUPACIÓN ILEGAL DE BIENES INMUEBLES. 7. EL REAL DECRETO-LEY 37/2020, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA HACER FRENTE A LAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA EN EL ÁMBITO DE LA VIVIENDA Y EN MATERIA DE TRANSPORTE. 8. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El incremento de las ocupaciones ilegales de bienes inmuebles a raíz de la crisis económica y social que asoló España entre los años 2008 y 2014 es un hecho; si bien es cierto que este fenómeno denominado «okupa» se ha visibilizado de distintas formas y ha afectado a diferentes sectores de la población. Ha repercutido sobre bienes de titularidad estatal o privada, ya se atribuya ésta a personas físicas o jurídicas. No obstante, en la mayoría de las ocasiones el objeto de esta ocupación suele ser un inmueble que se considera abandonado por parte de quienes lo ocupan. La situación ruinoso en la que aquel aparentemente se encuentra o las circunstancias que lo rodean

<sup>1</sup> <https://orcid.org/0000-0003-3294-6477>

invitan a pensar que su dueño no va a emprender las acciones oportunas que le facultan para instar su desalojo (por ej., viviendas situadas lejos de centros urbanos, inmuebles de titularidad pública o pertenecientes a una promotora en situación de concurso).

Por otra parte, a veces -pero no siempre- se vincula la ocupación con la presencia de personas de cierta vulnerabilidad económica y social en la vivienda cuyo desalojo se pretende. Ahora bien, sin perjuicio de la aplicación de las medidas oportunas dirigidas a proteger a tales sujetos que se encuentran en una situación personal y patrimonial complicada, hay que tener presente también aquellas otras destinadas a defender, no solo el dominio en sí mismo sobre los bienes inmuebles ocupados, que muchas veces no se cuestiona, sino también la propia recuperación de su posesión a los efectos de que el titular pueda volver a disfrutarlos. Con este objetivo cabe recurrir a las acciones civiles dirigidas a recobrar la posesión del inmueble, pero también a aquellos instrumentos penales que prevé el legislador como respuesta a tales comportamientos cuando concurre el correspondiente tipo delictivo, aun no siendo esta última la vía la más apropiada en la mayoría de los casos.

La ocupación de un bien inmueble es un fenómeno que afecta al concepto de propiedad privada en los términos reconocidos no solo por el artículo 33 de nuestra Constitución (CE), sino también por el artículo 348 del Código Civil (CC). Y, aunque se alega la aplicación del artículo 47 de la Constitución, según el cual «*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*», no hay que olvidar que son los poderes públicos los encargados de promover «*las condiciones necesarias*» y de establecer «*las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*». En consecuencia, no existe un derecho fundamental a la vivienda ya que este no se encuentra reflejado como tal ni en la sección ni en el Capítulo dedicado a ello. Pero ello no implica que los poderes públicos no deban asumir una determinada política destinada a establecer las herramientas jurídicas idóneas a fin de procurar que todas las personas disfruten «*de una vivienda digna y adecuada*». Esta es la razón por la que el legislador incluyó este derecho en el Capítulo III del texto constitucional dedicado a establecer los principios rectores de la política social y económica del país<sup>2</sup>. Siendo esto

<sup>2</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 1988, ya manifestó lo siguiente: «La política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece el art. 47 de la Norma fundamental, siendo así que uno y otro aspecto, el económico y social, se revelan difícilmente separables. Sin embargo, el art. 47 no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 CE), en el marco de sus respectivas competencias».

así, debe prevalecer la idea de que los recursos que debe aportar el ordenamiento jurídico han de conjugar la aplicación de instrumentos tuitivos dirigidos a aquellas personas que carecen de una vivienda y se encuentran en una situación especial vulnerabilidad social y económica con la protección del derecho «a la propiedad privada» que el artículo 33 de nuestra Constitución reconoce. Razón: este derecho justifica nuestro sistema económico. Ocupa un lugar fundamental en el conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales. El propio artículo 38 del mismo cuerpo legal, al admitir «la libertad de empresa dentro de la economía de mercado», está incluyendo un concepto mercantil que está subordinado al dominio privado, aunque después el artículo 128 sujete la riqueza del país al interés general<sup>3</sup>. La función social de la propiedad no vacía de contenido la noción de propiedad privada, sino que la modula dentro del marco de un Estado social de derecho.

A la luz de lo expuesto, requiere ser precisada la noción jurídica relativa a la ocupación de bienes inmuebles por cuanto afecta a la posesión. Esto permitirá determinar qué criterios jurídicos se deben aplicar para proceder con el desalojo de quienes no tienen título suficiente que justifique la posesión del bien que ocupan; y siempre con una cierta celeridad con el ánimo de que el interés de su legítimo propietario o poseedor tenga la debida protección; un interés cuestionable cuando el inmueble ocupado se encuentra en un estado ruinoso o en una situación de abandono. Para ello no solo hay que distinguir si la ocupación se ha realizado con violencia e intimidación o de modo pacífico. También se debe prestar especial atención también a la naturaleza del inmueble ocupado: si este se constituye en morada de un sujeto o no. Todo ello conlleva realizar un estudio en profundidad con el ánimo de delimitar el supuesto de ocupación ilegal y señalar después qué instrumentos jurídicos, ya sean civiles o penales, son los oportunos para reestablecer un derecho dañado. Para dar una respuesta adecuada a la cuestión planteada hay que tener presente que, mientras al Derecho Civil se le atribuye una *vis* atractiva, el Derecho Penal se rige por el principio de intervención mínima. Así mismo, no se debe obviar cuál es el interés jurídicamente protegido en cada uno de los casos planteados.

## 2. LA OCUPACIÓN, LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

El término ocupación nos remite a uno de los modos originarios de adquisición de la propiedad cuando el objeto no tiene dueño o este lo ha abandonada o renunciado a su derecho (art. 610 CC). Quien ocupa materialmente un bien apropiable con la intención de adquirir el dominio sobre el mismo debe actuar como poseedor en concepto de

<sup>3</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 28.

dueño, razón por la que el ánimo del poseedor es fundamental para distinguirlo de la mera posesión que se adquiere mediante *“la ocupación material de la cosa o derecho poseído o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad”* (art. 438 CC), entendida aquella como una posesión que no tiene siempre por qué afectar al propietario del bien ya que se puede llegar a ella a través de títulos como el precario. Por ello, el artículo 432 CC establece que *“La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de los dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo del dominio a otra persona”*. Se trata de una posesión que se refiere a la mera tenencia del objeto, siendo esta situación la que se protege puesto que no se discute a quién se le atribuye el dominio del bien<sup>4</sup>. Tan solo se salvaguarda el derecho a continuar poseyendo el bien con independencia de cómo se ha llegado a esta posesión; si por la transmisión de un anterior poseedor, por un arrendamiento o incluso por usucapión. No es objeto de controversia el título de propiedad que puede recaer incluso sobre una persona distinta de aquel que reclama su derecho a poseer. Esta es la razón por la que el artículo 446 CC afirma que el poseedor debe ser respetado en su posesión y que, *“si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”*.

Aunque la ocupación se vincula a la posesión o tenencia de un bien (*corpus*), entendida esta como contacto físico con el objeto, se requiere también la concurrencia de una intencionalidad (*animus*) por parte del poseedor *“de haber la cosa o derecho como suyos”* (art. 430 CC). En consecuencia, si quien ocupa un bien vacante pretende incorporarlo a su patrimonio, su posesión, más la concurrencia de los demás requisitos legales, se articulará como una forma de adquisición de la propiedad<sup>5</sup>. Esto es, la posesión es un hecho aun cuando esta se defina como civil ya que, pese a la intencionalidad del poseedor, se requiere la concurrencia de otros elementos que permitan una declaración de dominio a su favor.

Se deduce de lo previsto por el artículo 610 CC que se pueden ocupar bienes muebles apropiables por carecer dueño, bien porque nunca lo han tenido (por ej., caza y pesca, piedras o flores), bien porque han sido abandonados o se han perdido y nunca han sido

<sup>4</sup> Es una cuestión de hecho lo que se discute, por lo que la posesión se debe apreciar a través de las pruebas aportadas que tendrán que ser calificadas al respecto con el fin de definir si concurre el elemento objetivo que se vincula con el mero hecho de poseer, y si el acto de poseer es meramente tolerado o no. No se plantea una *questio iuris* que sí sería revisable en casación, a diferencia de lo que sucede con las cuestiones de hecho, salvo que se denuncie un error en su valoración [STS (1ª) 28 noviembre 2008]. En definitiva, se trata de resolver sobre la posesión pacífica del objeto, y no sobre el dominio [STS (1ª) 27 mayo 1995].

<sup>5</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Ocupación, hallazgo y tesoro: reminiscencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19 y 20; y MOREU BALLONGA, J. L., *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Bosch, 1980, p. 495 y ss.

encontrados por su propietario o este no ha mostrado interés alguno en su recuperación, lo que cabría ser interpretado como una renuncia a su derecho. No siendo así, no cabe hablar de ocupación, y sí de la posibilidad de imputar al poseedor un delito de apropiación indebida o de otra naturaleza (por ej., hurto), si se cumplen las condiciones del tipo penal oportuno. Ante una reclamación de esta naturaleza, el poseedor actual deberá aportar pruebas suficientes que demuestren que el objeto no tiene dueño.

Pero ¿qué sucede con la ocupación de los bienes inmuebles? La Ley relativa a las adquisiciones a nombre del Estado, de 9 de mayo de 1835, llamada Ley de Mostrencos, determinó que los bienes inmuebles no podían ser adquiridos por ocupación, tal y como admitían las Partidas, sino que se atribuía al Estado la titularidad de los bienes inmuebles vacantes. El legislador estableció que los bienes inmuebles no podían ser considerados *res nullius*, por lo que todos aquellos que estuvieran «vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni corporación alguna» debían ser atribuidos al Estado (art. 1). Sin embargo, la posterior aprobación del Código Civil trajo consigo una cierta controversia puesto que su artículo 610 no precisaba si la naturaleza del bien debía ser mobiliaria en todo caso, para poder ser objeto de una ocupación como modo de adquisición de la propiedad. De acuerdo con una interpretación literal de sus términos, se podía inferir su aplicación tanto a los bienes muebles como a los de naturaleza inmobiliaria, razón por la que la discusión giró en torno a si la Ley de Mostrencos de 1835 mantenía, o no, su vigencia<sup>6</sup>.

Habrà que esperar a que la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, resuelva las discrepancias sobre la naturaleza que debe tener el objeto de una ocupación. Así, su artículo 21 estableció que pertenecían al Estado como bienes patrimoniales «los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido»<sup>7</sup>. Y, aunque esta Ley es derogada por la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), de 3 de noviembre de 2003, el legislador mantiene su mismo espíritu: impedir que los particulares puedan adquirir bienes inmuebles por ocupación. Se reconoce, no solo la facultad del Estado para adquirir bienes y derechos por cualquiera de los medios propios del Derecho Privado -incluida la ocupación de bienes muebles (art. 23 LPAP)-, bienes que a su vez van a ser definidos como patrimoniales «*sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público*» (art. 15 y 16 LPAP), sino

<sup>6</sup> Sobre los diferentes planteamientos doctrinales, LACRUZ MANTECÓN, M. L., *La ocupación imposible. Historia y régimen de los inmuebles mostrencos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 105-118.

<sup>7</sup> Añadía el precepto que tales bienes se entendían adquiridos, «desde luego, por el Estado, y tomará posesión de aquellos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior a un año, pues en tal caso el Estado tendrá que entablar la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria».

también la atribución de la titularidad de los bienes inmuebles vacantes o mostrencos. En concreto, su artículo 17 dispone que todos aquellos inmuebles que carecen de dueño «*Pertenecen a la Administración General del Estado*». Se trata de una adquisición que se produce «*por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado*», quien tomará posesión de los bienes adquiridos en vía administrativa, «*siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero*». Por consiguiente, si existiera un poseedor en concepto de dueño, «*la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil*».

En consecuencia, solo cabe hablar de bienes sin dueño en relación con los bienes muebles que están dentro de un inmueble si hay indicios claros de su abandono por parte de su titular, pero no del propio inmueble ya que este pertenecerá al Estado *ex lege* en el caso de que no exista titular privado alguno. Siendo esto así, no se requerirá, ni una manifestación expresa del Estado en este sentido, ni una posesión material del bien para que se produzca dicha adquisición, que va a ser automática desde el mismo momento en que el inmueble carezca de dueño. Al tratarse de una atribución legal, no se requiere que el inmueble vacante sea ocupado de hecho por la Administración Pública de algún modo para hacer efectiva su adquisición. Sin embargo, la propia Ley distingue el momento de la adquisición inmediata del bien de aquel otro que resulta determinante para su incorporación al patrimonio, tras el correspondiente proceso de investigación que permite al Estado declarar que tales bienes no tienen dueño; no a los efectos de atribuir una titularidad que ya se ha reconocido a su favor, sino en relación con las consecuencias tributarias y de responsabilidad que el artículo 17 prevé, y que recaen sobre quien es propietario del bien. Se trata de limitar la responsabilidad *ob rem* de las Administraciones Públicas hasta que el bien no forme parte de su patrimonio<sup>8</sup>. Por tanto, el legislador distingue entre titularidad y patrimonialidad de los bienes inmuebles atribuidos<sup>9</sup>. Ahora bien, pese a que respecto de algunos inmuebles se puede desconocer quién es su propietario por diferentes motivos, esto no implica que aquellos no estén poseídos por terceros que actúan como dueños del bien a los efectos de adquirir su titularidad por usucapión o como simples poseedores sin ninguna otra intencionalidad. Del citado artículo 17 se deduce que quedan incluidos también estos supuestos ya que lo que resuelve es la cuestión relativa al dominio del inmueble. Por tanto, si el inmueble, que es poseído por una persona física o jurídica, carece de dueño,

<sup>8</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas», *El consultor inmobiliario*, diciembre, 2005, p. 9.

<sup>9</sup> LACRUZ MANTECÓN, M. L., ob. cit., p. 159.

la propiedad pertenecerá a la Administración Pública al cumplir con los requisitos previsto por la Ley, sin necesidad de acto alguno por su parte.

El Estado puede tomar posesión del inmueble por vía administrativa, siempre y cuando el bien inmueble no esté poseído por una persona en concepto de dueño, «y *sin perjuicio de los derechos de tercero*», en cuyo caso deberá entablar la acción que le corresponda en el orden jurisdiccional civil para dirimir quien tiene mejor derecho a poseer (art. 17.3. LPAP). Hay que analizar si la posesión en concepto de dueño del bien inmueble es anterior al momento en el que se produce la adquisición *ex lege* por parte del Estado o si la posesión en concepto de dueño se plantea una vez le es atribuida su titularidad. En el primer caso, la discusión reside en determinar si quien posee en concepto de dueño ha adquirido el bien inmueble por usucapión antes de que el Estado lo adquiriera, mientras que en el segundo se plantea que un tercero, de acuerdo con lo establecido por el Código Civil, pueda adquirir un bien inmueble, que ya es del Estado, y tiene naturaleza patrimonial, a través de la prescripción adquisitiva (art. 30.2. LPAP).

Por consiguiente, cuando se trata de analizar la ocupación ilegal de bienes inmuebles hay que tener en cuenta que esta noción jurídica prevista en el artículo 609 CC define un modo de adquisición originaria de bienes muebles que carecen de dueño, pero no de bienes inmuebles cuya titularidad se atribuye, en última instancia, al Estado si carecen de dueño, cuya posesión adquiere mediante el correspondiente acto administrativo, en su caso. Por tanto, ¿se podría presumir que en realidad no existen bienes inmuebles vacantes porque el dominio se atribuye al Estado *ex lege* desde el mismo momento en que se consideran abandonados? Sí, así es. Por ello los inmuebles no son susceptibles de ser ocupados como forma de adquisición de la propiedad. Todos los inmuebles están sujetos a una titularidad privada o pública, y no son susceptibles de ser ocupados, ni por los particulares, ni tampoco por la Administración Pública ya que esta los adquiere por ministerio de la ley, pero nunca por ocupación. Los inmuebles no son considerados *res nullius*. Se crea una ficción que permite atribuir el dominio al Estado automáticamente desde el preciso momento en que decae la titularidad existente sobre aquel bien, si aquella existía -que es lo habitual-. En este sentido, si todos los inmuebles tienen un dueño, y quien los posee no son los propietarios, habrá que entender que quien los ocupa materialmente lo hace en los términos establecidos por el artículo 438 CC. El estado posesorio del bien inmueble podrá servir para reclamar su dominio, siempre y cuando este pueda ser declarado si cumple las condiciones previstas para su adquisición por prescripción adquisitiva; pero nunca por haber sido ocupado.

### 3. LA USUCAPIÓN Y LA OCUPACIÓN ILEGAL

Ocupar un inmueble por un tercero con el ánimo de adquirir su propiedad nos permite hablar de su adquisición mediante la usucapión, siempre que la posesión cumpla las condiciones previstas por el artículo 1941 CC: posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Del mismo modo que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1955 CC, el dominio de los bienes muebles prescribe por la posesión ininterrumpida de tres años con buena fe, y de seis años sin ninguna otra condición añadida que el paso del tiempo<sup>10</sup>, en cuanto a los bienes inmuebles, el artículo 1957 CC dispone que estos se pueden adquirir por prescripción adquisitiva transcurridos “diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título”, y treinta años “sin necesidad de título ni de buena fe”. Por consiguiente, todos los bienes inmuebles, ya sean de titularidad privada, ya sean considerados bienes patrimoniales del Estado, pueden ser adquiridos por prescripción adquisitiva (art. 30. 2. LPAP)<sup>11</sup>. Estamos ante la posesión de un bien inmueble *ad usucapionem*, cuya prescripción cabe ser interrumpida por su titular.

La adquisición de un derecho sobre los bienes inmuebles objeto de usucapión, una vez cumplido el plazo establecido por el Código Civil, depende de la voluntad del poseedor. Es el propio poseedor en concepto de dueño quien decide sobre ello al permitirse la renuncia a la prescripción ganada (art. 1935 CC); si bien es cierto que el artículo 1930 CC permite justificar que, una vez transcurrido el plazo previsto para la usucapión del bien, el mero tenedor comience a ser considerado nuevo propietario del bien, cuyo derecho será protegido por todos los instrumentos jurídicos establecidos al respecto, ya no como simple poseedor del bien sino como dueño (por ej. la acción reivindicatoria del art. 348 CC).

Quienes ocupan una vivienda pretenden simplemente habitarla, aunque pueden llegar a adquirirla por usucapión. Por ello es importante determinar en concepto de qué se produce la tenencia del bien ya que el objeto de la prescripción es un derecho real sobre el mismo (art. 1930 CC). Por tanto, cabe poseer en concepto de dueño a los efectos de adquirir el dominio del bien, o en concepto distinto de dueño si lo que se pretende conseguir es otro derecho (por ej. un derecho de uso), que es lo que muchas

<sup>10</sup> Con la salvedad de lo dispuesto por el art. 1956 CC, cuya interpretación a contrario del precepto nos viene a decir que las cosas hurtadas o robadas pueden ser adquiridas por prescripción siempre y cuando transcurra el plazo oportuno fijado por el legislador: prescripción del delito y del plazo para el ejercicio de la acción civil derivada del delito.

<sup>11</sup> Solo bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas. Quedan fuera los bienes de dominio público o demaniales (arts. 5 y 7 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas) ya que estos últimos son inalienables, imprescriptibles e inembargables (ar. 30.1. de la citada Ley). A estos no se les puede aplicar lo dispuesto por el art. 437 CC.



veces sucede con los «okupas». En cualquier caso, ¿cabe hablar de ocupación ilícita cuando el poseedor del bien inmueble actúa de buena fe y mediante título?

La concurrencia de la buena fe y el título en el poseedor del inmueble sirve para fundamentar una usucapión ordinaria cumpliendo con los plazos establecidos por la ley (art. 1940 CC). Se trata de un poseedor que se cree propietario o titular de un derecho real sobre un bien inmueble porque lo ha recibido en estos términos y ha pagado el precio acordado con quien se lo ha vendido. Sin embargo, el comprador no ha llegado a adquirir el dominio ya que quien le debe transmitir este derecho no tiene facultades para hacerlo. No obstante, aquel ha actuado de buena fe puesto que ignora que en su título existe un vicio que lo invalida, razón por la que no le ha sido transmitido ningún derecho (arts. 433 y 1950 CC). Siendo esto así, si el contrato fuera simulado con el ánimo de defraudar la ley no concurriría el requisito de la buena fe del adquirente. A su vez es necesario un título suficiente para *“transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate”* (art. 1952 CC); que sea justo y que se pueda probar (art. 1954 CC). Ello, junto con la entrega del bien en su caso, fundamentará la adquisición *ex lege* de la propiedad mediante la prescripción adquisitiva. No cumpliéndose estos requisitos habrá que recurrir a la adquisición del derecho mediante la usucapión extraordinaria.

De acuerdo con lo expuesto, tanto la falta de un título que legitime la ocupación de un bien inmueble, como la mala fe atribuida a quien lo ocupa justifica que la ocupación se pueda definir como ilícita. No hay que olvidar que, aunque la mera posesión puede servir para adquirir el dominio del bien que se detenta (art. 447 CC), aquella debe realizarse en concepto de dueño puesto que *«los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño»*, no fundamentan una posesión en concepto de dueño<sup>12</sup>. Tampoco se admite una posesión clandestina *«sin conocimiento del poseedor de una cosa»* porque esta situación impide al legítimo poseedor defender su derecho; aunque resulta difícil hallar un supuesto de ocupación de una vivienda de forma clandestina, sin conocimiento del dueño, puesto que no se puede calificar como tal la posesión de un inmueble abandonado, sino por ejecutar los actos posesorios sin que los demás los puedan contemplar. Y, por supuesto, la posesión no debe ser adquirida con violencia porque, si es así, esta posesión no podrá servir para adquirir el bien por usucapión. Los actos realizados con violencia no afectan a la posesión (art. 444 CC). ¿Pero qué entendemos por posesión violenta?

Una posesión violenta es aquella que no es pacífica porque la tenencia del bien se produce en contra de la voluntad del despojado. Se emplea, bien una fuerza de

<sup>12</sup> Aunque se puede producir un cambio en el concepto posesorio conforme a lo dispuesto por el artículo 436 CC. Se puede probar que se ha producido dicho cambio, siempre y cuando no se viole lo dispuesto por el artículo 463 CC, ni que tampoco la posesión sea violenta tal y como dispone el art. 444 CC.

carácter irresistible, bien unas amenazas con el ánimo de intimidar, para ocupar una vivienda. Pero, estos actos no justifican posesión alguna porque el legítimo poseedor no se ve afectado por ellos al ser calificada aquella como violenta, aunque sufra unos claros perjuicios. No ha perdido nunca su posesión porque esta no se puede adquirir violentamente (art. 441 CC). Ahora bien, la interpretación de los términos previstos por los artículos 441 y 444 CC se debe realizar a la luz de lo dispuesto por el número 4 del artículo 460 CC en cuanto que se indica que el poseedor sí puede llegar a perder su posesión si transcurre más de un año sin poner fin al despojo conforme a lo previsto en materia de acciones posesorias, momento a partir del cual sí podríamos hablar de una nueva posesión, pero no antes. Mientras tanto, es cierto que el sujeto afectado por el despojo debe recurrir a la tutela sumaria de la posesión en los términos previstos por el citado artículo 441 para procurar el desalojo del inmueble ocupado, con el objetivo no solo de recobrar el bien, sino también de evitar que nazca una nueva posesión que pueda llegar a justificar la usucapión si concurren además los requisitos legales para ello.

Por consiguiente, la ocupación pacífica de un inmueble es aquella que se basa en la tenencia de un bien ajeno sin violencia o intimidación. Se fundamenta en una posesión pacífica de su tenedor, que, si actúa además a título de dueño, podría servirle como fundamento para adquirir el bien *ex lege*, salvo que el plazo para adquirir por prescripción se interrumpa y se recurran a las herramientas civiles o penales para proceder a su desalojo.

#### 4. MEDIDAS CIVILES Y PENALES FRENTE A LA OCUPACIÓN ILEGAL

##### 4.1. Instrumentos jurídico-civiles

La ocupación de un inmueble requiere valorar los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico atribuye a quien se ve despojado de la posesión de un bien. El propio artículo 441 CC ya establece que «*En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente*». No hay que olvidar que la posesión se protege por el mero hecho de ser uno poseedor con independencia del título en el que aquella se fundamente. Precisamente las acciones posesorias tienen como fin proteger el mero hecho de poseer frente a la perturbación de un tercero. En el Derecho Romano a estas acciones se las denominaba interdictos, e idéntica terminología se mantuvo hasta aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (LEC), momento a partir del cual se prescinde de los procesos interdictales como procedimientos específicos, y todos los asuntos que eran objeto de tales interdictos pasan a ser ventilados a través de los trámites del juicio verbal

conforme a lo dispuesto por los artículos 250 y 441 de la citada Ley<sup>13</sup>. Sin olvidar la aplicación del párrafo segundo del artículo 447 de la misma ley, conforme al cual *“No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias”*. Tampoco tendrán *“efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito”*. Que tales sentencias no tengan efecto de cosa juzgada tiene que ver con el hecho de que solo se tutela la posesión como hecho (*ius possessionis*). No se resuelve la cuestión relativa a si el poseedor tiene un derecho en el que fundamentar la mera posesión que le permita seguir poseyendo (*ius possidendi*), que se deberá solventar a través del procedimiento declarativo oportuno a fin de resolver quién es propietario, y no quién tiene mejor derecho a poseer<sup>14</sup>.

La protección posesoria, conforme a lo previsto por el artículo 250.1.4º LEC, se basa en lo siguiente: *“Se decidirán en juicio verbal ... las demandas...que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”*. De acuerdo con lo establecido por el artículo 460.4º CC, se puede recuperar la posesión de este modo durante un plazo de un año, transcurrido el cual la posesión del despojante es plenamente efectiva, aunque esta se haya adquirido de modo violento, tal y como hemos apuntado anteriormente<sup>15</sup>.

Para ejercitar la acción posesoria el actor debe probar el despojo o la perturbación de una posesión previa sobre un bien inmueble, que hay que demostrar con la

<sup>13</sup> La derogada LEC de 1881 regulaba los procedimientos especiales relativos a los interdictos en los artículos 1631 y siguientes: del interdicto de adquirir, de retener, de impedir una obra nueva y de impedir que se cause un daño en una obra ruinosas.

<sup>14</sup> SAP de Málaga (5ª), 29 julio 2020, indica que «el juicio verbal sobre la tenencia o posesión es un procedimiento sumario destinado a proteger el hecho de la posesión o tenencia, es decir, una situación de hecho, cualquiera que fuera su origen o naturaleza, esto es, con independencia del título en que se funde, contra el despojo consumado en daño del poseedor. De forma que se intenta restaurar una situación primitiva modificada de forma arbitraria o unilateralmente por la parte contraria. Tales procesos al igual que los antiguos interdictos, se basan en la prohibición de la vía de hecho contra el poseedor a tenor de lo dispuesto en el artículo 446 del Código Civil»

<sup>15</sup> No obstante, se discute en la STS (1ª), 8 noviembre 2006, si la acción de recuperación de la posesión ejercitada a través de un juicio declarativo ordinario está sometida al plazo de prescripción de un año, propio de las acciones dirigidas a la tutela sumaria de la posición, o si, por el contrario, está sujeta al plazo general de treinta años previsto en el artículo 1963 CC para las acciones reales, tesis esta última que el Alto Tribunal admite.

problemática que esto conlleva cuando no existe una tenencia inmediata del bien (por ej., el dominio sobre el inmueble que no está inscrito y que no está ocupado por su titular). Con el despojo lo que se prueba es que los actos de un sujeto le han privado total o parcial del uso y disfrute del bien que poseía, mientras que con la perturbación lo que se está produciendo es una injerencia en el ámbito de las facultades del poseedor que, sin provocar una pérdida de la propia posesión, sí implica una clara dificultad para su ejercicio.

Haciéndose eco de la problemática procesal derivada de la ocupación ilegal de viviendas, y con el fin de agilizar el procedimiento que permita al titular de la vivienda ocupada ilegalmente recuperarla, la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la citada Ley procesal, añade un segundo párrafo a su artículo 250.1.4º, según el cual *“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”*. Este precepto legitima para ejercer esta acción no solo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas, siempre que reúnan las características exigidas por la Ley: que sean entidades sin ánimo de lucro o de naturaleza pública. Por consiguiente, con esta nueva redacción se restringe la legitimación activa al excluir a todas aquellas personas jurídicas de naturaleza mercantil, como las entidades bancarias o los fondos inmobiliarios. De ello se infiere que el interés que se protege no es en sí la titularidad del inmueble ocupado, sino el pretendido uso que se haga del mismo por parte de su titular. Por ello prevalece la protección del titular no solo cuando este es una persona física, sino también cuando es una persona jurídica que no persigue el lucro o una entidad pública, siempre y cuando su titularidad recaiga sobre una vivienda social, frente a otras personas jurídicas que no cumplen estas características. Asimismo se legitima también a quienes son *“poseedores legítimos”*, aun no siendo propietarios del inmueble, por lo que se incluye al arrendatario, usufructuario o comodatario, entre otros, en cuanto sujetos afectados por la ocupación de la vivienda que poseen<sup>16</sup>.

Por otra parte, quienes están legitimados en el sentido anteriormente apuntado, lo están para recuperar una vivienda, por lo que se excluye esta medida específica cuando el objeto de la tutela es otro tipo de inmueble, como son los locales comerciales, los garajes y los trasteros, entre otros. A ello se une que las entidades públicas solo podrán recurrir a esta herramienta cuando el objeto de la recuperación sea una vivienda social.

<sup>16</sup> BASTANTE GRANELL, V., «Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos “ocupa” y “ocupado”», *Revista Aranzadi Derecho Patrimonial*, núm. 47, 2018.

Se excluyen, por ende, todos los bienes inmuebles del Estado que no cumplan esta condición. Se requiere que estén catalogados como viviendas sociales, ya sea en régimen de alquiler o de propiedad, aunque esto no impide atribuir al Estado una facultad para recuperar cualquier bien inmueble que sea ocupado. El propio artículo 17.4. LPAP, en relación con los inmuebles vacantes, dispone que podrá entablar la acción que corresponda frente al poseedor que actúa en concepto de dueño ante los órganos del orden jurisdiccional civil. Incluso, se le reconoce una serie de prerrogativas dirigidas a recuperar de oficio la posesión de los bienes indebidamente perdidos [arts. 41 c) y 55 LPAP]. Frente a esta acción no cabría ejercitar la acción para pedir una tutela sumaria de la posesión en los términos previstos por el artículo 250.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>17</sup>.

¿Frente a quien se debe plantear la demanda para recuperar la posesión de la vivienda? La acción posesoria se debe dirigir contra el causante del despojo de la posesión. El artículo 441.1.bis LEC establece que está legitimado pasivamente quien habite la vivienda o parte de ella. Se admite realizar la notificación de la demanda «a los ignorados ocupantes de la vivienda», y a los efectos «de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad. Si ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados». El problema, pues, para recuperar la posesión del inmueble ocupado es el relativo a la identificación del poseedor inmediato/ocupante a los efectos de que la demanda no sea admitida a trámite por falta de legitimación pasiva. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que nada impide que dicha demanda y, por tanto, también la ejecución de una sentencia se dirija contra un grupo de personas que se pueda identificar mediante la concurrencia de alguna circunstancia (por ej., su relación con la vivienda que el grupo está ocupando y que es objeto del litigio). Esto es así porque la parte actora no puede exigir la identificación de los ocupantes sin más. Tendría que recurrir a los poderes públicos para que le auxiliaran sobre este extremo. En consecuencia, que los poseedores de la

<sup>17</sup> Dispone el párrafo tercero del artículo 55 LPAP que «Si se trata de bienes y derechos patrimoniales la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercitarse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil». Aunque se discute que se trate de una potestad absoluta y, por ello, en este sentido las sentencia del TSJ (3ª) de la Comunidad Valenciana, 30 junio 2017, ya manifestó que para que la Administración pueda recurrir a esta prerrogativa, debe antes probar que el bien es de titularidad pública a los efectos de recuperar la posesión.

vivienda no puedan quedar individualizados, no debe ser razón suficiente para impedir el ejercicio de la acción destinada a recuperar el bien<sup>18</sup>.

Puesto que el fin del demandante es recuperar la posesión del inmueble, este puede requerir el inmediato desalojo de los ocupantes quienes deberán aportar «*en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria*». Si no justificara oportunamente su posesión, el auto del tribunal deberá ordenar la inmediata restitución de la posesión de la vivienda al demandante que haya probado que tiene título bastante para poseer (por ej., mediante escrituras de propiedad o certificación registral). En consecuencia, si la sentencia es estimatoria se permite la ejecución inmediata, sin necesidad de esperar a los veinte días previstos en el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual «*No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado*». En todo caso, se añade que «*en la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan*»<sup>19</sup>. La finalidad es ofrecer una vivienda alternativa a los ocupantes, lo que exige a los órganos competentes de la Administración Pública adoptar una política residencial al respecto para solventar este tipo de problemas.

<sup>18</sup> SSTS (1ª), 1 marzo 1991, 11 noviembre 2020, 3 febrero 2021. SSAP Madrid (8ª), 5 julio 2017; Granada (4ª), 7 enero 2020; Barcelona (13ª), 13 marzo 2020; Barcelona (11ª) 5 febrero 2021, entre otras, entienden que, para admitir a trámite la demanda, no se necesita identificar al demandado con sus nombres y apellidos. Basta con indicar los datos y circunstancias de identificación del demandado (art. 399 y 437 LEC).

<sup>19</sup> El Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, añade un párrafo 5º al citado art. 441: «*En los casos del número 1º del artículo 250.1, se informará al demandado de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano*».

Distinta de las acciones posesorias previstas en el artículo 250 LEC es la acción publiciana, carente de reconocimiento expreso por nuestro ordenamiento y, por tanto, de regulación legal, pero admitida por la doctrina y la jurisprudencia como un instrumento dirigido a proteger al poseedor de buena fe, con justo título y en concepto de dueño, que está en camino de adquirir su derecho mediante usucapión<sup>20</sup>. En realidad, aunque su fin es proteger a quien posee en estas circunstancias frente a otro tenedor del bien porque considera que tiene mejor derecho a poseer que este último, el propietario podría recurrir también a esta acción. Razón: se discute sobre el *ius possidendi* o derecho a poseer. Y, aunque existe una clara cercanía entre la acción publiciana y la reivindicatoria, la primera permite soslayar la prueba de dominio que exige esta última, que, por tanto, es más rigurosa. Debido a ello, la acción publiciana se presenta como una vía más para recuperar la posesión del bien inmueble cuando resulta más complicado probar el título de dominio, situación que a veces se plantea si, por ejemplo, se han producido sucesivas transmisiones y estas no solo no están inscritas en el Registro de la Propiedad, sino que tampoco están documentadas<sup>21</sup>. La jurisprudencia ha reconocido su presencia a fin de evitar la *probatio diabólica* en relación con la reivindicatoria<sup>22</sup>.

No obstante, la acción publiciana no excluye el ejercicio de la acción reivindicatoria ni de la declarativa de dominio, que se deberán ejercitar través del oportuno procedimiento declarativo ordinario, en el que habrá que justificarse el derecho de propiedad. Por consiguiente, el ejercicio de la acción publiciana resulta oportuno cuando el actor debe probar que tiene mejor título para poseer y este se infiere de la mera tenencia del bien. Tiene derecho a poseer frente al que detenta la posesión del bien inmueble. Esto puede suceder cuando en el ejercicio de la acción reivindicatoria no se presenta el título de dominio que legitima al demandante para actuar como tal, pero sí puede acreditar la posesión del bien inmueble porque se le atribuye un mejor

<sup>20</sup> SSTs (1ª), 7 octubre 1982, 12 mayo 1992, 29 julio 1998, 5 febrero 2004, 8 noviembre 2006, 14 febrero 2014, 30 octubre 2018 y 26 junio 2019. El origen de la acción publiciana lo encontramos en el Derecho Romano que la consideró como una acción destinada a proteger al poseedor *ad usucapionem* de buena fe, con justo título y en concepto de dueño, que todavía no había completado el plazo exigido para adquirir el dominio del bien (GIMÉNEZ CANDELA, T., *Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 198-199). VÁZQUEZ RAMOS (en *Los interdictos. Acciones posesorias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 131), hace referencia a la doctrina que distingue la acción publiciana de la acción reivindicatoria, en cuanto que la primera permite recuperar la cosa del poseedor, no solo por quien es propietario, sino también por cualquier otra persona que pruebe que tiene mejor derecho para poseer. Frente a esta postura, otros han considerado que la acción publiciana es una manifestación de la acción reivindicatoria, y otros incluso han llegado a negar su existencia.

<sup>21</sup> A veces consta solo la titularidad catastral que, según el artículo 9 de la Ley del Catastro Inmobiliario, de 5 de marzo de 2004, recae sobre las personas físicas o jurídicas que ostentan, entre otros derechos, el de propiedad. Sin embargo, se trata de un indicio de titularidad.

<sup>22</sup> STS (1ª) 12 mayo 1992.

derecho<sup>23</sup>. Lo que ofrece la acción publiciana es una tutela posesoria como una acción independiente, aunque otras veces se recurre a ella como una forma de solventar las cuestiones probatorias derivadas de la acción reivindicatoria, por lo que podría ser uno de los instrumentos a utilizar para recuperar la posesión de un bien inmueble ocupado. El Tribunal Supremo (1ª), en sentencia de 5 de febrero de 2004, reconoció la vigencia de la acción publiciana en nuestro Derecho, «refiriéndose a ella, unas veces como una acción autónoma y otras embebida en la acción reivindicatoria mediante el expediente de suavizar la exigencia de la prueba del dominio reivindicado». Tal y como ha manifestado el Alto Tribunal (1ª), en sentencia de 30 de octubre de 2018, con el fin «de atenuar el rigor de la exigencia de la prueba plena del dominio (la antigua "prueba diabólica") para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria», se ha admitido que bastaba con «acreditar la preferencia del derecho del propietario sobre el mero poseedor», por lo que la acción publiciana se configura «como una de las facetas de la reivindicatoria que permite al actor probar su mejor título que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa de quien la posea con menos derecho», razón por la que «vendría a ser como una subespecie» de la acción reivindicatoria que «se presenta como excepción basada en razones de utilidad».

En cuanto a la acción reivindicatoria reconocida por el artículo 348 CC, el propietario intentará recuperar el inmueble ocupado por quien no tiene título alguno para poseerlo. No se trata únicamente de declarar la propiedad, objetivo para lo que se emplearía la acción declarativa, sino también de recuperar la posesión del bien. Incluso, Estado puede utilizar la acción reivindicatoria, aunque la STS (3ª), de 27 de mayo de 2008, ya precisó, en el asunto relativo a su ejercicio frente al poseedor de un inmueble, que el Estado primero debía acreditar que este estaba vacante o sin dueño, o que estaba siendo detentado sin título, mediante la tramitación del expediente administrativo de investigación para adquirirlo *ex lege* e incorporarlo a su patrimonio; todo ello con el fin de poder ejercitar la acción reivindicatoria ante la jurisdicción civil que es la competente «para conocer de las acciones reivindicatorias ejercitadas por (...) la Administración del Estado contra los particulares». El Estado debe probar también su título de propiedad frente a la ocupación de un inmueble.

Otro procedimiento de recuperación del bien inmueble ocupado puede ser el previsto por el número 7º del artículo 250.1. LEC, según el cual se decide por un juicio verbal las demandas que «*instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de*

<sup>23</sup> Entre las más recientes SSAP, Toledo (1ª), 8 marzo 2018; Guipúzcoa (3ª), 16 julio 2018; Álava (1ª), 21 enero 2019; Burgos (2ª), 25 abril 2019; León, 13 mayo 2002; Zamora (2ª), 8 noviembre 2002; Tenerife (3ª), 13 marzo 2020; Málaga (5ª), 13 marzo 2020; Sevilla (6ª), 18 junio 2020; y Ávila (1ª), 6 julio 2020.



*la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación».* Se trata de un procedimiento que obedece a tutela prevista por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria (LH), que legitima a quien es titular de un derecho a ejercitar la acción real que corresponde para protegerlo frente a quienes se oponen o perturban su ejercicio. Es una manifestación de la presunción de legitimidad del artículo 38 LH, conforme al cual *«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos»*<sup>24</sup>.

En cuanto a los desahucios por precario, el número 2º del artículo 250.1. LEC permite recuperar *«la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca».* Sin embargo, esta figura no resulta aplicable a la ocupación ilegal de bienes inmuebles. Razón: en el que caso que nos ocupa no existe título alguno que justifique dicha posesión, cosa que sí sucede cuando la posesión se fundamenta en una cesión en precario. En este caso el uso del bien inmueble es tolerado por quien es propietario o titular de un derecho que le legitima para ceder el uso del bien a un tercero.

Tras lo expuesto, cabe concluir que la vis atractiva que se atribuye al Derecho Civil justifica que sea la vía más adecuada para resolver los diferentes asuntos relativos a la recuperación de la posesión de un inmueble ocupado ilegalmente. Si se recurre al Derecho Penal, habrá que analizar si la ocupación cumple con las condiciones requeridas para el tipo penal que se trata de imputar al sujeto activo del mismo ya que la aplicación del Código Penal se basa en el principio de intervención mínima. No obstante, procedamos con el análisis de los delitos en los que podría incurrir quien ocupa ilegalmente una vivienda.

#### *4.2 El delito de allanamiento de morada y el principio de inviolabilidad del domicilio*

El artículo 202 del Código Penal (CP) tipifica el delito de allanamiento de morada bajo su título X, dedicado a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio; en concreto, en su Capítulo II, relativo al allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público. El precepto citado se expresa en los siguientes términos: *“1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su*

<sup>24</sup> Sobre el tema CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela de los derechos reales inscritos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 32 y ss.

*morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*<sup>25</sup>. Tal y como se infiere de su lectura, el bien que se protege a través de este delito no es el derecho real de propiedad o la posesión de un inmueble, sino más bien el derecho a la intimidad personal y familiar de las personas físicas. Esta es la razón por la que el allanamiento de morada no se ubica en el Título dedicado a los delitos de naturaleza patrimonial ya que se protege la morada de la víctima del delito, entendida esta como su domicilio o residencia habitual; como lugar en el que se desarrolla su vida privada. La STC, 17 enero 2002, ya manifestó que «la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2. CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1. CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar», por lo que tiene un claro carácter instrumental. Se trata de un delito en el que lo que se ve afectado es el derecho del titular de la morada a excluir la presencia de terceros. Se está protegiendo la intimidad y la privacidad de las personas a través de la defensa del principio de inviolabilidad del domicilio previsto en el artículo 18 CE, que implica que no se puede entrar o registrar *“sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*. Ello justifica que no concurra un delito de allanamiento de morada cuando el sujeto activo ocupa un local, un almacén o una plaza de garaje. Razón: el objeto de la ocupación no es una vivienda. Sin embargo, esta afirmación no puede ser categórica porque no debemos olvidar lo dispuesto por el artículo 203 CP, ya que se imputa un delito de allanamiento de morada a quien *“entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura”*, así como a quien *“se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público”*<sup>26</sup>. En este sentido se aplica el principio de inviolabilidad domiciliaria a las personas jurídicas, pues tal y como ya matizó la STC, 17 enero 2002, pese a existir una clara relación entre el principio de inviolabilidad domiciliaria y la protección del derecho a la intimidad personal y familiar de un sujeto, se debe respetar la autonomía de cada uno de ellos, distanciándose de la idea de una regulación unitaria de los mismos. Esto permitiría apuntar que el bien jurídico protegido por el delito de allanamiento de morada previsto en el artículo 203 CP no es en sí la protección de la intimidad que, debido a su naturaleza personalísima, resulta cuestionable que se pueda atribuir a una persona jurídica o a un establecimiento abierto al público, pero sí el domicilio ya que, tal y como manifiesta SANZ MORÁN, la

<sup>25</sup> Se incrementa la pena *«Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación»*, ya que esta *«será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses»*.

<sup>26</sup> Se incrementa la pena si el sujeto activo del delito entra o se mantiene *«con violencia o intimidación»*.

que queda afectada es la voluntad del titular del *ius exclusionis*<sup>27</sup>. Siendo esto así, se puede imputar un delito de allanamiento de morada a un sujeto cuya conducta consiste en entrar o en mantenerse en un local de negocios sin el consentimiento de su titular, siempre y cuando concurra un *animus* de vulnerar la intimidad de su titular<sup>28</sup>. La SAP Barcelona (21ª), 4 junio 2020, se manifiesta de este modo al entender que, si el sujeto activo del delito se introduce en un local de negocios solo para apoderarse de documentos o dinero, pero la intimidad de su titular no resulta afectada «más allá de lo imprescindible para materializar el ataque al patrimonio ajeno», no se le podrá imputar un delito de allanamiento de morada<sup>29</sup>.

A los efectos de delimitar el tipo previsto en el artículo 202 CP en relación con el delito de allanamiento de morada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado que el domicilio es aquel lugar cerrado y ocupado donde se desarrolla la vida privada de las personas -individual o familiar-, aunque su ocupación sea temporal, por lo que se amplía su concepto civil o administrativo al entender que la noción de «domicilio», desde el punto de vista constitucional, es más amplia al tener como objetivo la protección del ámbito en el que se desarrolla la vida de las personas físicas<sup>30</sup>. Siendo esto así, todo lugar en el que un sujeto realice sus actos más íntimos y personales de su vida podrá ser definido como morada, con independencia del título que justifique su uso (p. ej., dominio, arrendamiento, precario, etc)<sup>31</sup>. De esta forma no solo se incluye su domicilio o residencia habitual, sino también su segunda residencia o residencia de temporada, con independencia del tiempo que la habite, y siempre y cuando tengan

<sup>27</sup> SANZ MORÁN, A. J., *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídica y establecimientos abiertos a l público*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006. El art. 203 CP se refiere a todos estos espacios que son importantes porque se destinan a desarrollar una actividad pública, profesional, comercial o industrial del sujeto pasivo del delito; aunque no lo habita, sí acoge materiales y datos referidos al desarrollo de su actividad profesional que pueden afectar a la intimidad de las personas. No obstante, resulta discutible considerar que existe un allanamiento de «*establecimiento mercantil o local abierto al público*». (GONZÁLEZ CUSSACM, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 307).

<sup>28</sup> Incluso el art. 557 ter CP define como delito de desorden público la ocupación en grupo o individualmente, «*contra la voluntad de su titular*», del domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, si con ello se perturba la paz pública y el desarrollo de su actividad normal. Con ello se ha pretendido castigar a los llamados «okupas» que han venido realizando en los últimos años este tipo de actos como forma de protesta social. Pero es un delito que cobra mayor sentido si lo que se quiere paliar son los actos de pillaje derivados de una ocupación, pero no así cuando esta es la consecuencia de una manifestación o reunión sin acto de violencia alguno. Por ello es un tipo residual (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, puesta al día LÓPEZ PEREGRIN, C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 835).

<sup>29</sup> En este mismo sentido SAP León (3ª), 28 junio 2020, al no apreciar delito de allanamiento de morada en relación con un despacho profesional de un abogado.

<sup>30</sup> SSTs (2ª), 11 julio 1996; 6 septiembre 1999; 19 marzo 2001; y 11 diciembre; 2014.

<sup>31</sup> Incluso, tal y como sostiene CABALLÉ FABRA (en *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 253), puede no existir un derecho que legitime el uso, que es lo que sucede con los «okupas».

esta condición. Para acreditar que el inmueble no está desocupado y que es usado, aunque sea de modo ocasional, se pueden aportar pruebas relacionadas con su habitabilidad, como el hecho de ser una vivienda amueblada y disponer de los servicios esenciales, como la luz, el agua y el gas<sup>32</sup>. Incluso, la STS (2ª), 6 noviembre 2020, destaca que no se puede excluir del concepto de morada, a efectos de tipificar el delito de allanamiento, un inmueble en el que la víctima desarrolla «su vida privada y doméstica» alegando que aquel no dispone de suministro eléctrico ni de agua. El Alto Tribunal considera que el bien jurídico protegido «no queda subordinado al tamaño de la vivienda» ni a la presencia de una cédula de habitabilidad; ni siquiera a que la víctima sea propietaria de la vivienda. Basta con que la posea y disponga de las llaves de acceso a la misma que le permitan preservar «su vida privada de la intromisión de terceros», a quienes poder impedir la entrada o exigir su marcha. Por ello, la sentencia entiende que se puede «disponer de la morada en dos residencias que pueda utilizar de forma más o menos habitual una persona» a efectos penales, sin que este concepto se deba identificar con el domicilio a efectos administrativos, fiscales o contractuales cuando se fija este a efectos de notificaciones<sup>33</sup>.

El citado artículo 202 imputa un delito de allanamiento a quien entra en morada ajena o permanece en ella en contra de la voluntad de su morador. En este sentido, la STS (2ª), 17 noviembre 2000, ha sostenido que se trata de una conducta que se perpetra «contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta». En consecuencia, si concurren tales condiciones cabe solicitar las medidas cautelares de desalojo y restitución del inmueble frente a quienes ocupan una morada<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> El concepto de morada ha sido precisado por la instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 1/ 2020, de 15 de septiembre, a fin de determinar los criterios de actuación para solicitar medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles. Después, la Secretaría de Estado del Ministerio de Interior ha dictado una instrucción 6/2020, a través de la cual ha establecido un protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles. Ninguna de las instrucciones tiene rango de ley, por lo que solo establecen pautas a seguir en los atestados policiales. Si bien es cierto que la policía necesita autorización judicial para desalojar, esta puede actuar sin ella si concurre un delito flagrante; aunque, claro está, son los Tribunales finalmente los encargados de valorar si concurren o no tales premisas.

<sup>33</sup> STS (2ª), 7 octubre 2013, ya manifestó que «el concepto de morada a efectos penales no se identifica con la noción administrativa de vivienda».

<sup>34</sup> Para instar la aplicación inmediata de tales medidas, la instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 1/ 2020, de 15 de septiembre, exige que concurren «sólidos indicios de la ejecución del delito de allanamiento o usurpación *-fumus boni iuris-*, y se verifique además la existencia de efectos perjudiciales para el legítimo poseedor que razonablemente justifiquen la necesidad de poner fin a la situación antijurídica antes de la terminación del procedimiento, restaurando así el orden jurídico vulnerado a la mayor brevedad *-periculum in mora-*». Todo ello, «con excepción de aquellos casos en los que se

### 4.3 El delito de usurpación

A diferencia de lo que sucede con el delito de allanamiento de morada, el interés que protege la tipificación del delito de usurpación tiene un contenido patrimonial<sup>35</sup>. Se tutela el disfrute pacífico de los derechos reales que recaen sobre los bienes inmuebles, o incluso la mera posesión como hecho<sup>36</sup>. El tipo delictual trata de disuadir a un sujeto de provocar perturbación alguna al titular de un derecho de naturaleza real en el ejercicio de sus facultades. No obstante, el legislador castiga con una menor pena a quien se le imputa un delito de usurpación que a quien comete un delito de allanamiento de morada, ya que la comisión del primero no afecta a un derecho fundamental como es el principio de inviolabilidad del domicilio<sup>37</sup>.

El artículo 245 CP dedicado a regular el delito de usurpación se ubica bajo su Título XIII, relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y se expresa en los siguientes términos: «*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado*». En este sentido, la Sala 2ª del TS, en sentencia de 12 de noviembre de 2014, aunque consideró que el bien jurídico protegido es siempre el «patrimonio inmobiliario», sostuvo que, al estar ante un delito de carácter patrimonial, «la lesión del bien jurídico requiere un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito». Por ello, con el fin de solicitar el desalojo como medida cautelar, debería bastar con presentar una denuncia en la que se acreditara, junto a la titularidad de la vivienda, la violencia o intimidación empleada en la ocupación del bien.

Un segundo párrafo del citado artículo 245 incluye una modalidad de usurpación, ejecutada esta sin violencia e intimidación. El legislador tipifica este supuesto con el

---

constate que la ilícita posesión del inmueble se ha venido desarrollando con la tolerancia del legítimo morador», lo que revelará que no existe *periculum in mora*.

<sup>35</sup> A ello hay que unir las conductas que se vinculan a los delitos de defraudaciones de fluido eléctrico, que, conforme a lo dispuesto por el artículo 255 CP, se castiga a quienes utilizan «*energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos*», o a los que producen daños en la propiedad ajena, de acuerdo con lo previsto por el artículo 263 del mismo cuerpo legal.

<sup>36</sup> SAP Ciudad Real (1ª), 21 abril 2003, entiende que no son punibles «las ocupaciones transitorias, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, o que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabilitabilidad».

<sup>37</sup> Mientras el delito de usurpación sanciona al sujeto activo del delito con una pena de prisión de uno a dos años si existe violencia e intimidación en las personas, o una multa de tres a seis meses si aquella no concurre, la imputación de un delito de allanamiento de morada conlleva una pena de prisión de uno a cuatro años y una multa de seis a doce meses, si a quien se le imputa el delito ha actuado con violencia o intimidación, y de seis meses a dos años si ha ejecutado su conducta sin ella.

ánimo de incluir aquí el fenómeno «okupa» y se define como un delito de usurpación leve que consiste en ocupar «*un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada*» sin la debida autorización o en mantenerse en ellos «*contra la voluntad de su titular*». Para que se impute un delito de usurpación se requiere siempre la voluntad contraria del titular del inmueble, tanto antes como durante la ocupación, así como la concurrencia de dolo en la conducta del sujeto activo del delito, que se traduce en la idea de que, aun sabiendo que el inmueble es ajeno, lo ocupa sin el permiso de su titular. Perturba la posesión del titular del bien. Ahora bien, al no concurrir violencia o intimidación, resulta complejo delimitar su contenido a los efectos de reclamar una responsabilidad por esta conducta, ya que se trata de una ocupación pacífica de un inmueble que no se constituye en morada del sujeto pasivo del delito, ya sea este el propietario o persona con derecho a ocuparlo<sup>38</sup>. Se criminaliza la ocupación pacífica tras la reforma del Código Penal de 1995 con el ánimo de dar coto al movimiento «okupa», pese a disponer de herramientas civiles más oportunas para el caso dirigidas a proteger el derecho de propiedad u otros derechos en los que poder justificar la posesión de los bienes inmuebles (por ej., el derecho de usufructo).

Para que la ocupación pacífica de un inmueble sea constitutiva de un delito de usurpación leve se requiere la concurrencia de una serie de requisitos. Lo primero que se debe analizar es la naturaleza del inmueble, vivienda o edificio ocupado. Al respecto lo que queda claro es que este no debe constituir morada de persona alguna. Tras esta precisión, solo queda recurrir a lo dispuesto por el artículo 334 CC a los efectos de definir qué bien puede ser calificado como inmueble para imputar un delito de usurpación leve; aunque algún autor, como RAMOS RIBA, se pronuncie en contra y recurra a otro concepto distinto a los efectos del Código Penal por considerar que el previsto por el Código Civil resulta excesivamente amplio<sup>39</sup>. Entiende que el artículo 245 CP no se refiere a bienes inmuebles en general, sino solo a aquellos que son calificados como edificios y/o viviendas<sup>40</sup>. Sin embargo, aunque las normas penales requieren una interpretación estricta, el legislador, al enumerar qué bienes pueden ser objeto de este delito, incluye no solo la vivienda o el edificio ajeno, sino el inmueble en general<sup>41</sup>. Por tanto, dentro del marco del término «*inmueble*» están incluidas todas las viviendas y edificios, pero también los garajes y los amarres deportivos<sup>42</sup>; e incluso las

<sup>38</sup> SAP de Valencia (4ª), 9 mayo 2001. Cfr. con lo dispuesto por el art. 1559 CC.

<sup>39</sup> RAMOS RIBA, E., «El delito de ocupación ilegal no violenta de bienes inmuebles», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, p. 429.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> JIMÉNEZ PARIS, J. M., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal español*, Reus, Madrid, 2018, p. 420.

<sup>42</sup> SAP Madrid (29ª), 26 febrero 2018, analiza la ocupación de una finca con una caravana. SAP Vizcaya (2ª), 9 abril 2014, imputa un delito de usurpación leve en relación con una plaza de garaje. SAP Valencia

caravanas<sup>43</sup>. En este sentido, la STS (2ª), de 12 noviembre de 2014, descartó la aplicación del párrafo segundo del artículo 245 CP a la ocupación pacífica de una finca rústica militar durante dieciocho días como forma de protesta social porque aquella no se había realizado «con cierta vocación de permanencia», y no porque no fuera considerada como un inmueble a los efectos de lo dispuesto por el citado precepto. El Alto Tribunal mantuvo que el delito de usurpación leve exige que la ocupación conlleve «un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo»<sup>44</sup>. Por consiguiente, cuando la ocupación ilegal, aun siendo temporal, puede dar lugar a la creación de un derecho, cabe imputar un delito de usurpación, tal como se plantea en el supuesto previsto en la SAP de Cáceres (2ª), 14 diciembre 2011, ante la ocupación de un terreno con tuberías durante unas obras que «constituye un uso posesorio de lo de otros, de carácter permanente y excluyente del uso del antiguo poseedor», que lleva a «la destrucción de la antigua acequia y la ocupación permanente de terreno». Esto es, cuando la perturbación de la posesión de un bien inmueble se traduzca en un riesgo claro para el legítimo poseedor se podrá reclamar la intervención penal.

Cabría excluir del delito de usurpación la ocupación de aquellos inmuebles en estado ruinoso o en situación de abandono. Razón: aunque son bienes susceptibles de ser poseídos, no pueden ser habitados. Por ello la actuación de los «okupas» no repercutiría sobre el ejercicio de las facultades que la propiedad conlleva<sup>45</sup>.

Si concurre un ánimo de permanencia en quien ocupa un inmueble ilícitamente, se facultará al sujeto pasivo del delito para solicitar su desalojo y correspondiente restitución como medida cautelar<sup>46</sup>. El fin es procurar que los daños y perjuicios

---

(3ª), 27 enero 2016, se refiere a un supuesto de ocupación de un terreno por un sujeto, sin autorización de su titular, quien tampoco permitió su cultivo.

<sup>43</sup> RAMOS RIBA, E., ob. cit., p. 431

<sup>44</sup> STS (2ª), 6 julio 2017, recuerda que no se requiere que el autor pernocte en la vivienda ocupada; basta con que la vivienda se ocupe ilegalmente por carecer de título jurídico que lo legitime, «contra la voluntad de su legítimo propietario y que concurra una nota de persistencia, que suponga el desplazamiento de los derechos de este último y la imposibilidad de poder disfrutar de ese bien».

<sup>45</sup> Situación que se ha traducido en pronunciamientos absolutorios [SAP Valladolid (4ª), 31 mayo 2021].

<sup>46</sup> De acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la citada Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 1/ 2020, de 15 de septiembre, insta a solicitar tales medidas en el caso de que el sujeto pasivo de la infracción sea una persona física, una persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública, «siempre que se constate que la concreta usurpación, además de lesionar el *ius possidendi* de la víctima (derecho a poseer que se ostenta sobre un bien que, no obstante, es poseído materialmente por otro), pudiera producir una grave quiebra del *ius possessionis* (tenencia material y concreta sobre el bien). En aquellos supuestos en los que el inmueble no parezca gozar de un uso o una expectativa de uso actuales, singularmente en el caso de viviendas deshabitadas y que, a modo de ejemplo, no se encuentren en proceso de comercialización o reforma a fin de permitir su

sufridos por el legítimo titular no se incrementen en exceso; posibilidad que aumenta conforme la situación se prolonga en el tiempo. Incluso, no hay que olvidar que, aunque se le priva de la posesión del bien, no por ello se le libera de cumplir con sus obligaciones *propter rem* (por ej., cargas impositivas o gastos de comunidad). Aunque, también es cierto que una interpretación restrictiva de lo dispuesto por el segundo párrafo del citado artículo 245 puede evitar su aplicación, si la posesión ilegal del inmueble no genera un claro riesgo para su titular. Se invoca la doctrina del llamado *ius usus inocui* y la función social de la propiedad cuando se ocupa una vivienda vacía sin autorización de su titular<sup>47</sup>. Se hace referencia al estado de necesidad como una exigente que deben acreditar los ocupantes<sup>48</sup>. En definitiva, se trata de permitir a un tercero hacer todo lo que no perjudique al dueño del bien. También el estado de necesidad o la concurrencia de ciertas conductas poco lesivas están presentes en la jurisprudencia menor para absolver a los ocupantes<sup>49</sup>. Siendo esto así, se podría recurrir a la tutela civil de la posesión, pero no así imputar un delito de usurpación, cuando la ocupación temporal de un inmueble no afecta gravemente a su propietario por estar deshabitado, abandonado o en obras<sup>50</sup>.

Por otra parte, que la usurpación sea considerada como un delito de consumación instantánea al imputarse desde el preciso momento en que el sujeto activo ocupa el inmueble, plantea serias dificultades en cuanto a la determinación del tiempo que debe transcurrir para que la conducta del sujeto activo pueda ser calificada como delictual. La jurisprudencia se refiere solo a que la ocupación debe tener una vocación de permanencia, sin atender a un plazo concreto, por lo que no cabe otra opción que acudir a la casuística. No hay que olvidar que quien ocupa una vivienda, en la mayoría de las ocasiones, solo pretende disfrutar de su uso sin ánimo alguno dirigido a adquirir la propiedad del inmueble, por lo que no revisten interés los plazos que el Código Civil dispone para la atribución de un derecho *ex lege* mediante la prescripción adquisitiva. Por tanto, estarían conviviendo la posesión inmediata del usurpador con la mediata propia del titular legítimo del bien, razón por la que sí resulta más oportuno tener presente el plazo de un año previsto por el número 4º del artículo 460 CC.

---

futuro uso, deberá atenderse a la concurrencia de otras circunstancias que aconsejen la adopción de la medida cautelar».

<sup>47</sup> SAP Madrid (17ª), 18 septiembre 2006, considera que la ocupación del inmueble no supuso «entorpecimiento para poseedor actual alguno (ya que el ocupante anterior la había abandonado), ni para otro que estuviera pendiente de inmediata entrega». También SSAP Cádiz (1ª), 29 enero de 2013, y Madrid (16ª), 29 marzo 2019.

<sup>48</sup> SAP Toledo (2ª), 24 junio 2021.

<sup>49</sup> SSAP Alicante (10ª), 10 julio y 21 octubre 2020.

<sup>50</sup> SAP Alicante (10ª), 2 noviembre 2020.



## 5. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE USO Y DISFRUTE SOBRE BIENES INMUEBLES Y LA OCUPACIÓN ILEGAL

El fin del contrato de arrendamiento de un inmueble es ceder su posesión para uso y disfrute ajeno. Una vez extinguido aquel, el poseedor inmediato del bien tiene la obligación de restituirlo a su titular. Es causa de extinción del contrato de arrendamiento el cumplimiento del término acordado en el contrato, aunque, conforme a lo dispuesto por el artículo 1566 CC, se reconoce la tácita reconducción cuando el arrendatario continúa disfrutando *“quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador”*, dando lugar a un nuevo contrato de arrendamiento con idénticas condiciones al anterior ya vencido. La STS (1ª), de 2 de octubre de 2020, precisa que debe existir consentimiento del arrendador por lo que cualquier acto que este realice como prueba de una voluntad contraria a la continuación en el arrendamiento, impedirá la tácita reconducción (por ej., un requerimiento o una demanda de desahucio). Por consiguiente, el arrendatario debe devolver el bien objeto del contrato cuando los efectos del título que justificaba su posesión decaen, momento a partir del cual esta posesión deja de ser lícita para convertirse en ilícita si aquel retiene el bien en su poder. Pero, cuando el arrendatario no restituye el bien inmueble que posee, ¿se convierte en ocupante ilegal a los efectos de poder justificar la imputación de un delito de usurpación leve? ¿Se puede plantear la misma pregunta respecto del arrendatario que, no solo se niega a pagar la renta al dueño del inmueble arrendado, sino que actúa también como si fuera su propietario?

Para dar respuesta a estas cuestiones hay que analizar la voluntad del arrendador al respecto para saber si se ha producido un cambio en el concepto por el cual el arrendatario ha comenzado su posesión. Si el arrendador ha ejecutado actos de dominio como reclamar la renta impagada, exigir el desahucio en su caso o el reconocimiento de su derecho sobre el bien, no existe intencionalidad alguna del titular del derecho en autorizar cambios en la posesión que un tercero tiene sobre el inmueble. Cabría aplicar lo dispuesto por el artículo 463 CC, precepto del que se infiere que todos los actos realizados por el poseedor del bien no perjudicarán *«al dueño, a no ser que este hubiese otorgado a aquél facultades expresas para ejecutarlos o los ratificare con posterioridad»*. En la misma línea argumental cabría atender a lo dispuesto por el artículo 444 CC, conforme al cual todo acto ejecutado con violencia no afecta a la posesión porque esta no se puede adquirir de forma violenta (art. 441 CC). Sin embargo, si el arrendatario, como poseedor inmediato del inmueble que es, actúa como poseedor a título de dueño, aun no siéndolo, se podría plantear si existe un despojo de la posesión por existir una oposición del titular del derecho (arrendador), por lo que ¿resultaría apropiado recurrir a la imputación de un delito de usurpación, o

por el contrario habría que aplicar los instrumentos civiles apropiados para recuperar la posesión del bien?

La tipificación del delito de usurpación leve tiene por objeto castigar la ocupación ilegal de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no se constituya en morada de una persona, por quien no tiene la debida autorización de su titular para hacerlo. Puesto que la violencia y la intimidación quedan excluidas del delito de usurpación leve, el acceso a la posesión del bien inmueble se fundamenta simplemente en la falta de voluntad de su titular. Se podría traducir en la idea de que el sujeto activo del delito entra en el inmueble sin la autorización correspondiente; una situación que afecta sobre todo a los denominados bienes inmuebles vacantes en los términos ya apuntados. Se sanciona un comportamiento basado en la privación de la posesión del inmueble, sin que ello implique que el sujeto activo del delito quiera atribuirse dominio alguno sobre el bien. Mediante la ocupación ilegítima, el sujeto tan solo quiere poseerlo de modo permanente, sustituyendo a su titular en el ejercicio de sus facultades sin que este lo haya tolerado, razón por la que la penalización de esta conducta no solo viene a procurar la restitución del bien, sino también como medida coercitiva para evitar este tipo de conductas. Si ocupara pacíficamente el inmueble, y su titular estuviera conforme con ello, no concurriría delito alguno. Más aún, podríamos encontrarnos ante un precario, situación que se basa en una posesión admitida por el dueño o legítimo poseedor, momento a partir del cual habría que atender a los efectos de esta relación jurídica.

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 245 CP incluye un tipo de ocupación ilegítima que tiene como punto de partida una previa posesión lícita por parte del sujeto activo del delito, puesto que el legislador se refiere al mantenimiento en la ocupación del inmueble, vivienda o edificio ajenos, contra la voluntad del titular, motivo por el cual resulta necesario delimitar qué conducta se está tipificando. No se refiere a la entrada en una vivienda con la oposición de su dueño, sino al acceso a un inmueble con permiso de su propietario que no deviene en un consentimiento para continuar ocupando el bien de forma continuada (por ej., una invitación para disfrutar de un fin de semana en una casa). En este sentido, de acuerdo con lo previsto por el Código Penal, se podría otorgar relevancia penal a aquellas situaciones con origen en un contrato, tal y como sucede con el arrendamiento o con la posesión como precarista. Una interpretación gramatical de los términos empleados por el precepto anteriormente sugiere que podría existir una ocupación ilegítima de un bien inmueble arrendado o disfrutado en concepto de precario si, una vez finalizada su posesión por decaer los efectos del título en el que esta se sostiene, ya sea por el vencimiento del término, ya sea por la reclamación del dueño en los términos previstos por el artículo 1750 CC, no se procediera a su restitución a su titular. En tal caso, se produciría una

continuación de una posesión que, aun iniciada con consentimiento de su titular por estar fundamentada en una relación jurídico-obligacional, no estaría justificada por carecer del permiso oportuno de su titular legítimo. Ante esta situación ¿se puede imputar un delito de ocupación pacífica o usurpación leve a quien no quiere restituir el inmueble? ¿Qué criterios se deben aplicar para sostener que una conducta pueda ser tipificada como un delito de usurpación leve?

La *vis atractiva* del Derecho civil, y el carácter excepcional y de intervención mínima que se atribuye al Derecho Penal, justifica que se deba recurrir a la vía civil y no a la penal para recuperar el bien inmueble en aquellos casos en los que previamente ha existido un vínculo contractual que ha fundamentado la posesión *ab initio*. Si los interesados pueden solventar el problema planteado mediante la aplicación de herramientas jurídicas de naturaleza civil, hay que descartar la de las normas penales dada la interpretación restrictiva a la que estas últimas están sujetas. Por consiguiente, no toda perturbación posesoria puede ser calificada como una conducta penalmente sancionada. Deberán concurrir además otros elementos de gravedad que justifique la imputación de un delito. No obstante, aunque se recuerda que el Derecho Penal se debe aplicar de modo secundario «cuando tiene zonas de fricción con otras ramas del ordenamiento jurídico», esto no impide que se deba realizar «el imprescindible acotamiento del tipo penal» para no acudir siempre «al tan socorrido e invocado principio de intervención mínima del Derecho penal, que no rige en la aplicación judicial», ya que «imperla con toda plenitud el principio de legalidad, al que ineludiblemente está sometido el Juez (artículo 117,1 de la Constitución) el cual no puede dejar de declarar la existencia del delito e imponer sus consecuencias ni aun cuando considere que la acción u omisión penada por la ley no debería serlo (artículo 4.3 del propio Código Penal)»<sup>51</sup>. Se considera que, «a diferencia de lo que en otras infracciones penales linderas con el Derecho privado ocurre, el considerar si en el caso concreto ese Derecho ofrece o no suficiente protección al derecho subjetivo afectado», no se plantea respecto del artículo 245.2 porque el Derecho civil protege siempre, «incluso por los medios más rápidos y expeditivos que el ordenamiento procesal civil ha previsto desde siempre, como son los procesos interdictales, desahucio por precario o procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», por lo que «tampoco se puede aludir a la mayor gravedad de la conducta para distinguir el ámbito civil del penal, porque, pese a la violencia o la intimidación expresamente prevista en el artículo 245.1. Código Penal, aquella forma parte siempre de la usurpación en cuanto que se produce el despojo de una cosa ajena»<sup>52</sup>. Por consiguiente, se requiere aplicar criterios

<sup>51</sup> SAP Ciudad Real (1º) 21 abril 2003.

<sup>52</sup> SAP de Ciudad Real (1º), 21 abril 2003, dispone lo siguiente al analizar un supuesto en el que el acusado entrega a una entidad bancaria un inmueble rústico en concepto de dación en pago para

interpretativos oportunos para determinar cuál es el alcance del delito de usurpación leve: si se refiere exclusivamente a la ocupación arbitraria de inmuebles abandonados o sin dueño en cuanto que el tenedor ilegítimo ha llegado a la posesión sin autorización alguna o si también se infiere su aplicación para aquellas posesiones en principio toleradas, pero que se transforman en ilícitas cuando el titular del inmueble muestra su voluntad contraria a la continuidad en esta posesión. Siendo esto así, el bien jurídico protegido no sería la propiedad en sí misma, sino la posesión en general del bien inmueble ocupado, ya que la acción de mantenerse en la ocupación lesiona el derecho de su titular a poseerlo de manera inmediata.

Que el acceso al inmueble se haya realizado previamente mediante un contrato de arrendamiento o a través de una ocupación como precarista por haberla tolerado el dueño o cualquier otro poseedor con derecho a disfrutar del bien, justificaría que la posesión fuera legítima *ab initio*, por lo que el cese de la relación jurídica que vincula al titular y a este actual poseedor con los efectos que ello conlleva, debe dirimirse en el ámbito civil. En consecuencia, para la imputación de un delito de usurpación leve no basta con que el arrendatario no restituya el inmueble al arrendador trascurrido el plazo acordado o no pague la renta que le corresponde; ni tampoco que se produzca un subarriendo o una cesión del contrato no consentido justificaría la imputación de un delito de esta naturaleza. Si bien es cierto que no estamos ante la misma situación cuando lo que se produce es una simulación de un contrato de arrendamiento. Si quien alquila cree que el arrendador tiene facultades para concertar el contrato de arrendamiento, habrá que valorar la concurrencia de buena o mala fe por su parte, pues se convierte en un poseedor del bien ajeno sin título para ello<sup>53</sup>. Se puede acusar de un delito de usurpación si quien alquila la vivienda a un supuesto arrendador sabe que este no es su legítimo propietario y, a pesar de ello, ocupa la vivienda<sup>54</sup>.

---

solventar el pago de una deuda que mantenía con ella. No entrega la posesión, ni tampoco se la solicita el acreedor, que es el adquirente. Sin embargo, la sentencia manifiesta que «Es innegable que el ordenamiento privado otorga una amplísima protección no sólo al propietario sino también al poseedor, a través de mecanismos como la acción reivindicatoria, la de desahucio por precario, los interdictos posesorios, la acción del artículo 41 LH, dentro del ámbito de las acciones reales, y en el seno de las relaciones contractuales, a través de las acciones tendentes a obtener la entrega de la cosa o a extraer las consecuencias de las acciones resolutorias o rescisorias en orden a la devolución del inmueble a que afecten. Y es innegable también que el Derecho Penal no puede absorber la íntegra defensa de la propiedad o de la posesión, dejando desprovisto de contenido al Derecho civil, que como Derecho primario es la rama del ordenamiento en que encontraría su acomodo natural la defensa de aquellos derechos».

<sup>53</sup> SAP Madrid (16º), 24 octubre 2011, consideró que los hechos podían ser constitutivos de un delito de usurpación porque el ocupante simuló un contrato arrendamiento ya que prácticamente no conocía a la titular del bien.

<sup>54</sup> SAP de Madrid, (17ª), 28 marzo 2019.

Tampoco podría ser tipificada como delictual la conducta del precarista que no restituye el inmueble ante la petición del titular legítimo. Razón: tal y como precisa la SAP de Barcelona (13ª), 15 enero 2021, el precario se caracteriza por el uso de un bien ajeno sin que exista un título que lo justifique, «ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se pierda, siendo la carencia del título y el no pagar merced la esencia del precario».

Por tanto, queda claro que no se puede recurrir al Derecho Penal cuando el objeto de la discusión se refiere a cuestiones derivadas del incumplimiento del contrato, o del fin de una situación de precario. Existen mecanismos civiles dirigidos a resolver estos conflictos al ser la posesión el bien jurídico que se protege en el delito de usurpación. Resulta complicado dirimir cuando una posesión lícita torna ilícita a los efectos de justificar un delito de usurpación leve, si lo que se produce es una continuación de la posesión de hecho derivada de la extinción bien de un contrato de arrendamiento o de un precario; sin título que le sirva de causa. Para solventar esta cuestión hay que analizar si existe voluntad de ocupar ilegalmente la vivienda<sup>55</sup>. La STS (2ª), 12 noviembre 2014, ya consideró que se puede imputar un delito de usurpación a quien ocupe un inmueble de modo ilegítimo al carecer de título alguno que justifique su posesión, ya que si lo hubiera realizado con autorización «aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión». Añade el Alto Tribunal que debe constar «la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después», y tal como viene especificado por el propio artículo «al contemplar el mantenimiento en el edificio contra la voluntad de su titular, voluntad que deberá ser expresa», así como que el sujeto activo del delito actúe con dolo, «que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir, la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada».

La razón por la que no se le imputa un delito de usurpación leve al arrendatario y al precarista, pese a no restituir el bien usado a su legítimo titular, lo encontramos en el dolo requerido para la concurrencia del delito. Es el dolo penal lo que se exige, y no el dolo civil, que es equivalente a la mala fe presente cuando se incumple con lo

<sup>55</sup> Para RAMOS RIBA (ob. cit. pp. 427 y 428), se debe interpretar el mantenimiento en la ocupación del párrafo segundo del art. 245 del Código Penal en una ocupación ilícita inicial. No concurre un título que justifique la posesión, pero el sujeto activo del delito cree que sí tiene autorización para ocupar el bien. Aunque actúa ilícitamente, lo hace sin dolo. Solo a partir del momento en que se pretende su desalojo mediante un lanzamiento judicial, deja de actuar de buena fe y, por tanto, si se mantiene en la posesión lo hará en contra de la voluntad de su titular, lo que permitirá imputarle un delito de usurpación leve.

acordado. El dolo penal implica sustraerse a las obligaciones de forma deliberada con la intencionalidad del sujeto activo de cometer un delito y provocar el daño que esta conducta conlleva. Si bien es cierto que, aunque el dolo directo cumple estas condiciones, el dolo eventual admite que el sujeto activo sea consciente del daño que su conducta va a generar en la otra parte, aunque no sea este su objetivo. Por consiguiente, cuando el arrendatario o el precarista no restituye el bien inmueble, una vez finalizado el contrato o resuelto este por incumplimiento, está vulnerando el derecho que tiene la otra parte a recuperarlo, pero la continuidad en la posesión del bien que ha de devolver *per se* no justificará la imputación de un delito de usurpación leve. Razón: inicialmente la posesión fue lícita y lo que se plantea no es una liquidación de un estado posesorio, sino la restitución del bien inmueble como obligación derivada, bien de la extinción del contrato, bien de su resolución por incumplimiento. Se debe recurrir a la vía civil para recuperar la posesión del inmueble, y no al Derecho Penal. La conducta del arrendatario o del precarista no puede calificarse como delictual por el mero hecho de negarse a restituir el bien.

Ahora bien, ¿se puede mudar el concepto por el cual posee el inmueble? ¿Qué sucede si actúa con voluntad de ocupar ilegalmente el inmueble? ¿Podríamos entender que concurre el dolo penal a partir del momento en que existe intencionalidad de continuar en la posesión sin autorización de su titular? Es cierto que, aunque la conducta del arrendatario o el precarista que, consciente de la ajenidad del bien que posee, se niega a su restitución, debe calificarse como dolosa, también lo es que las normas civiles son las que aportan los medios más oportunos para tutelar el interés de aquel que quiere recuperar la posesión del bien inmueble. La posesión se protege jurídicamente a través de los instrumentos civiles dirigidos a recuperarla, y solo con carácter excepcional habrá que plantearse la aplicación de las normas penales si se requiere para proteger el interés del sujeto pasivo de un delito.

#### 6. LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS FRENTE A LA OCUPACIÓN ILEGAL DE BIENES INMUEBLES

La falta de amortización de los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda habitual derivó en un claro incremento de los procedimientos de ejecución hipotecaria entre los años 2008-2014 a causa de la recesión económica que asoló España. Como consecuencia de ello, se produjeron numerosos lanzamientos de los ocupantes de tales inmuebles en los términos previstos por el artículo 675 LEC, sin que el deudor se liberara totalmente de la deuda en muchos casos. Razón: la clara depreciación de los activos inmobiliarios que garantizaban el cumplimiento de las obligaciones. Este hecho económico hizo además que muchos procesos de ejecución hipotecaria desembocaran en unas subastas desiertas, y la falta de postores empujó a

muchas entidades acreedoras a solicitar la adjudicación del inmueble (art. 671 LEC)<sup>56</sup>. A través del acto judicial de adjudicación en pago se producía una traslación del dominio del bien en favor del acreedor con el ánimo de extinguir la deuda, total o parcialmente<sup>57</sup>. Es a partir de este momento cuando un gran número de viviendas son adjudicadas a las entidades de crédito acreedoras que se convierten en grandes tenedoras de activos inmobiliarios. Son viviendas que se mantienen vacías y que, a veces pasan a ser ocupadas ilegalmente ante el «abandono» de sus titulares, lo que ha generado, a su vez, diversos problemas a las comunidades de propietarios que, no solo se han encontrado con los impagos de los recibos de la comunidad, sino que también se han visto abocadas a soportar conflictos derivados de una situación de ocupación ilegal. Por ello, si la ocupación ilegal perjudicara a la comunidad de propietarios, y el titular del inmueble no emprendiera ninguna medida destinada a solicitar el cese de aquella, cabría preguntarse si aquella estaría legitimada para actuar de algún modo.

A la luz de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), quien ostenta la presidencia de la comunidad de propietarios puede requerir el cese de todas las actividades desarrolladas en un inmueble que están prohibidas por los estatutos, así como de aquellas otras que provoquen daños para la finca o sean calificadas como actividades molestas, insalubres, nocivas peligrosas o ilícitas<sup>58</sup>. Si la conducta del infractor persistiera, el presidente puede interponer la correspondiente acción judicial en defensa de los intereses de la comunidad, siempre previa autorización expresa de la Junta de Propietarios (art. 249.8º LEC)<sup>59</sup>. Aunque la STS (1ª), 30 diciembre 2014, ya manifestó que esta doctrina se mantiene con carácter

<sup>56</sup> En caso contrario, el adquirente del inmueble podrá solicitar su posesión, si este no se hallare ocupado. Ahora bien, si este estuviera ocupado, el Letrado de la Administración de Justicia «*acordará de inmediato el lanzamiento cuando el Tribunal haya resuelto (...) que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él*» (art. 675 LEC). Si no se ha procedido como se ha indicado anteriormente, el adquirente podrá solicitar al Tribunal la ejecución del lanzamiento de quienes son ocupantes de hecho o sin título suficiente durante «*el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda*». La petición de lanzamiento por parte del adquirente «*se notificará a los ocupantes indicados por el adquirente ... dentro del plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación. El Tribunal, por medio de auto, sin ulterior recurso, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecieren sin justa causa*». Por supuesto, el autor que resuelve sobre el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble dejará a salvo, los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda.

<sup>57</sup> No debemos confundir la adjudicación en pago con la dación en pago (MARTÍN BRICEÑO, M. R., «El endeudamiento familiar: la protección de los deudores hipotecarios y otros aspectos relacionados con la ejecución hipotecaria» en *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, directora M. T. Echevarría, La Ley, 2013, pp. 253-267.

<sup>58</sup> Comisión de delitos en alguna de las viviendas del inmueble, como el tráfico de drogas.

<sup>59</sup> STS (sala 1ª), 10 octubre 2011.

general «salvo en los casos en los que los estatutos de la comunidad expresamente prevean lo contrario o en los supuestos en que el presidente ejercite acciones judiciales no en calidad de tal sino individualmente como copropietario»<sup>60</sup>. Aunque el Alto Tribunal (1ª), en sentencia de 24 de junio de 2016, matiza que «esto no significa que esté legitimado para cualquier actuación por el mero hecho de ostentar el cargo de presidente ya que no puede suplir o corregir la voluntad de la comunidad expresada en las juntas ordinarias o extraordinarias». En cualquier caso, tal y como dispone el último párrafo del artículo 7.2. LPH, interpuesta la acción correspondiente de cese de actividad prohibida, una sentencia estimatoria podría conllevar, no solo la cesación de dicha conducta con la indemnización de daños que proceda, sino también la privación del derecho «*al uso de la vivienda por un tiempo no superior a tres años*» a su propietario en función de la gravedad y de los perjuicios ocasionados a la comunidad o, en el caso de que el infractor no fuera propietario, la extinción de «*todos sus derechos relativos a la vivienda*» así como «*su inmediato lanzamiento*».

La SAP de La Rioja (1ª), 17 septiembre 2020, en relación con el alquiler y la cesión del uso de unos chalets para celebración fiestas, despedidas de solteros y otros eventos, considera que tales conductas cumplen las condiciones exigidas por la ley a los efectos de poder ejercitar la acción de cesación por ser conductas que no tienen un carácter esporádico y que «superan un umbral razonable», por lo que el resto de los vecinos no tienen por qué soportar tales molestias de modo habitual, ya que supone un quebranto de las relaciones de vecindad y abuso de derecho. En este sentido, para recurrir a lo dispuesto por el artículo 7.2. LPH, la actividad debe suponer una cierta continuidad y ha de ser molesta, y que la Audiencia Provincial de Madrid (23ª), en sentencias de 13 de marzo de 2018 y 24 de octubre de 2019, define como aquellas actividades «que suponen unas molestias superiores a las que vienen impuestas por la relación de vecindad; esto es, más allá de los límites tolerables y asumibles por la comunidad por contrarios a la buena disposición de las cosas para el uso normal que ha de hacerse de aquellas; impidiendo a los demás propietarios el adecuado uso de los elementos comunes y de sus derechos»<sup>61</sup>.

Por consiguiente, el fin de la acción de cesación a la que alude la Ley de Propiedad Horizontal es procurar que el destino del inmueble o las actividades que se desarrollan

<sup>60</sup> En la línea establecida por otras SSTs (1ª), 27 marzo y 12 diciembre 2012; 24 octubre 2013; 11 abril 2014; 9 septiembre 2020. En SSTs (1ª) 18 de mayo y 23 de noviembre de 2016, 18 octubre 2017, y 1 julio 2020, se alude a que la doctrina jurisprudencial es favorable a la posibilidad de que cualquier copropietario pueda ejercitar acciones en beneficio de la comunidad en los casos de pasividad o incluso de oposición de la comunidad, pese a la representación orgánica que prevé la LPH.

<sup>61</sup> También la SAP Valencia (7ª), 23 noviembre 2020, atiende a la idea de la acción de cesación de actividades para las que no están previstas las viviendas o locales, como pensión o destinos similares.



en él no violen lo dispuesto por la ley y por los estatutos de la comunidad. Ahora bien, ¿puede el presidente de la comunidad de propietarios pedir simplemente el cese de una ocupación ilegal de una vivienda del inmueble cuando su titular legítimo no emprende acción alguna al respecto?

Precisamente en la SAP de Lleida (2ª), 14 diciembre 2020, se analiza la demanda interpuesta por una comunidad de propietarios contra una entidad bancaria a la que se solicitaba una indemnización por los daños que generaba a los vecinos la ocupación ilegal de ciertas viviendas de las que era propietaria. Consideraba que la existencia de tales ocupantes no solo perjudicaba la convivencia entre los vecinos, sino que dicha situación depreciaba también el valor económico de sus viviendas. No es una acción de cesación lo que se plantea, pero tampoco aborda el desalojo de los ocupantes ilegales. Tan solo se reclama un resarcimiento a la entidad bancaria titular de las viviendas ocupadas porque el ejercicio antisocial de su derecho está provocando un claro menoscabo de sus intereses; todo ello al amparo de lo dispuesto por el artículo 7 CC. Se plantea un abuso de derecho por hacer «dejación de sus obligaciones como titular, ocasionando perjuicios a los propietarios vecinos». No obstante, aunque se imple a la entidad titular de las viviendas a emprender las medidas oportunas para evitar estos perjuicios, no se reconoce legitimación alguna a la comunidad de propietarios para solicitar el desalojo de la vivienda cuya ocupación es ilegal. Razón: la comunidad de propietarios no puede emprender aquellas acciones que tienen como fin recuperar la posesión del bien por no ser ella poseedora legítima de las viviendas.

Sin embargo, aunque queda clara la falta de legitimación activa de la comunidad de propietarios tanto para recurrir a los instrumentos civiles dirigidos a restituir la posesión a su legítimo titular, como para denunciar un delito de allanamiento de morada por motivos obvios, tanto de naturaleza subjetiva como objetiva, no parece tan meridiana la respuesta cuando se trata de imputar un delito de usurpación en cuanto que a través de este tipo penal lo que se protege es el patrimonio inmobiliario. Lo que se tutela tiene un contenido patrimonial. Por consiguiente, el sujeto pasivo del delito no sería solo el poseedor legítimo de la vivienda ocupada, sino que también podría serlo el resto de los vecinos en cuanto titulares de unos derechos sobre el inmueble que se ve afectado por la ocupación. Son partícipes de la comunidad de propietarios que se ve afectada por esta situación ilegal, ya que quienes han ocupado la vivienda usan los elementos comunes del edificio aun careciendo de título habilitante para ello. No ocupan la vivienda en concepto de precaristas porque carecen de autorización alguna para poseerla, razón por la que cabría analizar si cabe imputarles la comisión de un delito de usurpación a la luz del estado en el que se encontraba el inmueble ocupado y de los instrumentos empleados para acceder él. No es relevante que el titular de la vivienda desconozca lo sucedido, pero sí lo es que el autor del delito sepa

que está actuando sin autorización alguna a los efectos valorar su conducta<sup>62</sup>. En estas circunstancias, si el titular de la vivienda, que sabe que está siendo ocupada en los términos descritos por el tipo penal de la usurpación, ya sea persona física o jurídica, no emprende las acciones oportunas dirigidas a recuperar la posesión o a legitimarla, la comunidad de propietarios podría reclamar la tutela jurídica de sus intereses mediante la denuncia correspondiente a través de su presidente, habida cuenta de que son delitos perseguibles de oficio<sup>63</sup>. El objetivo de la denuncia por parte del presidente de la comunidad sería solicitar el desalojo de los ocupantes como medida cautelar, previa autorización de la Junta de propietarios<sup>64</sup>.

No obstante, cuando se ocupa una vivienda vacía simplemente entrando por una ventana o por una puerta sin una cerradura operativa -sin violencia o intimidación-, la situación resulta más compleja. Se trata de imputar un posible delito de usurpación leve para el que no se reconoce legitimidad activa al presidente de la comunidad de propietarios a los efectos de solicitar el desalojo como medida cautelar, pese a que dicha comunidad se ve afectada por la ocupación ilegal de hecho. Siendo esto así, la acción más oportuna a emprender sería la cesación de actividad ilícita conforme a lo dispuesto por el artículo 7.2. LPH, puesto que se constituye en un instrumento dirigido a proteger a la comunidad, y que puede desembocar en el desalojo de quienes ocupan la vivienda sin título que les legitime como medida cautelar. De acuerdo con los términos empleados por el legislador el ocupante de la vivienda estaría legitimado pasivamente respecto del ejercicio de la acción de cesación.

¿Qué sucede cuando el objeto de la ocupación es una vivienda considerada como elemento común de la comunidad de propietarios y, por tanto, susceptible de ser aprovechado por todos ellos? Para responder a esta cuestión, no debemos olvidar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de enero de 2019, recuerda que las comunidades de propietarios carecen de personalidad jurídica, por lo que no pueden ser propietaria de un bien, ni «por extensión, ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente», aunque precisando que se admite que sea titular de una anotación preventiva de medidas cautelares y de ejecución. Esto es, el artículo 38 CC reconoce que las personas jurídicas pueden «*adquirir y poseer bienes de todas clases*», pero la comunidad de propietarios no lo es.

<sup>62</sup> MAGRO SERVET, V., «Actuación de las comunidades de propietarios ante el fenómeno de la ocupación ilegal de bienes inmuebles por ajenos a la comunidad», en *Revista de Derecho Inmobiliario*, nº 54, julio 2017. Disponible en <http://revistas.lefebvre.es/revista-de-derecho-inmobiliario/hemeroteca/tribunas/article>.

<sup>63</sup> O simplemente no se actúa porque no queda determinado quién es el titular de la vivienda puesto que este hecho se está dirimiendo en otro procedimiento.

<sup>64</sup> MAGRO SERVET, V., ob. cit.

No obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de febrero de 2016, sostiene la inscripción de un bien inmueble a favor de una comunidad de propietarios fruto de un proceso de ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios; siempre con carácter excepcional, «por lo que debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común». En consecuencia, ¿se reconoce entonces la posesión de la vivienda a una entidad sin personalidad jurídica? Si es así, ¿estaría legitimada para interponer la acción correspondiente destinada al desalojo de quienes la ocupan ilegalmente?

Cabría plantearse si la comunidad de propietarios está legitimada para imputar un delito de usurpación, o simplemente recurrir a alguno de los mecanismos civiles previstos para recuperar la posesión del bien ocupado, habida cuenta de que, aunque tales comunidades son entidades sin personalidad jurídica, sí se les reconoce capacidad para ser parte, por lo que pueden comparecer en un juicio a través de la persona que ostenta su presidencia en virtud de la representación orgánica que reconoce la Ley<sup>65</sup>. Tal y como afirma el Tribunal Supremo (1ª), en sentencia de 1 de julio de 2020, «en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de la propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del presidente de la junta de propietarios que ostenta “ex lege” la representación de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad». Es este propietario, que actúa como presidente, quien estará legitimado para accionar en nombre de la comunidad si existe acuerdo de la Junta de propietarios sobre ello a fin de recuperar la posesión del bien, o incluso imputar un delito de usurpación respecto de una vivienda considerada como elemento común (por ej., es ocupado el piso dedicado a la portería), si existiera una ocupación ilegal.

#### 7. EL REAL DECRETO-LEY 37/2020, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA HACER FRENTE A LAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA EN EL ÁMBITO DE LA VIVIENDA Y EN MATERIA DE TRANSPORTE

El objetivo del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, ha sido «ofrecer respuesta inmediata a la grave situación de aquellas personas y hogares que están experimentando con mayor crudeza los efectos de la pandemia, en un contexto marcado por la declaración de un estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2». Ha modificado el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico con el fin

<sup>65</sup> STS (1ª) 3 octubre 2018.

de paliar los efectos de la COVID-19, y ha añadido el artículo 1 bis a fin de permitir la suspensión de los procedimientos de desahucio y los lanzamientos que afectan a personas declaradas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en los supuestos 2º, 4º y 7º del artículo 250 LEC hasta 31 de octubre de 2021. Se incluyen pues todos aquellos casos en los que la vivienda está ocupada por quien no tiene título que legitime su posesión; y siempre que su titular cumpla unas determinadas características: ser persona jurídica o persona física titular de más de diez viviendas. Una vez acreditada la vulnerabilidad de los ocupantes, el Juez podrá decidir sobre la suspensión atendiendo al estado de necesidad en que aquellos se encuentren y a la posibilidad de encontrar una opción que les garantice el disfrute de una vivienda digna. En cualquier caso, se produce un conflicto de intereses en el que prima el dirigido a proteger a la persona vulnerable sobre el interés económico o patrimonial del titular del inmueble, siendo aquel el que deberá estar presente en el auto del Juez, quien se pronunciará «previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto». Sin embargo, aun en esta situación, no se orilla la protección del derecho de quien es titular de la vivienda. No se le priva de su facultad para recuperar su posesión. Tan solo se paraliza un procedimiento a la espera de que se pueda solventar un problema de urgente necesidad habitacional del ocupante de la vivienda, y siempre y cuando este sea realmente vulnerable (por ej., mafias dedicadas a ocupar viviendas). Por ello, una vez hallada la solución, se podrá solicitar el levantamiento de la suspensión y continuar con el procedimiento.

Junto a la situación de vulnerabilidad económica de los ocupantes de la vivienda sin título, se requiere que su titular no sea persona jurídica o persona física con menos de diez viviendas para permitir al Juez suspender el correspondiente procedimiento. En consecuencia, si el titular no cumple alguno de estos requisitos, aun siendo vulnerables los ocupantes, ¿se podrá adoptar una decisión de este tipo dirigida a suspender el lanzamiento? No, en los términos previstos por el Decreto-Ley de 22 de diciembre de 2020, puesto que se refiere a una situación excepcional. Más aún, se excluye esta suspensión en los supuestos previstos en el apartado 7 del artículo 1 bis, a fin de proteger otros intereses diversos como son, entre otros, el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el principio de orden público. Ahora bien, la protección del interés patrimonial del titular de la vivienda no es óbice para exigir las medidas oportunas a la administración competente dirigidas a facilitar una vivienda digna a tales personas.

En cualquier caso, hay que plantearse cómo conjugar la protección de la propiedad privada de un inmueble dentro de nuestro sistema económico con la necesidad de una vivienda digna que toda persona tiene. Se puede justificar la suspensión del lanzamiento de los ocupantes si concurren circunstancias excepcionales como las planteadas en los diversos decretos-leyes aprobados por el Gobierno. Pero son

medidas que tienen carácter temporal o condicional: hasta que se cumpla el plazo establecido o se resuelva el problema habitacional planteado. Ahora bien, en virtud de la aplicación del principio de seguridad jurídica, no parece oportuno sostener una suspensión del derecho a recuperar la vivienda que tiene su titular sin límite temporal alguno, ya que esto supondría gravar la propiedad con una carga que impide a su titular poseer la vivienda. Es la Administración la que debe dar respuesta a estas situaciones a fin de evitar el fenómeno de la «okupación». Tema distinto será la valoración de las medidas que esta adopte: si resulta adecuada la expropiación de inmuebles en estado de ruina, cuyos propietarios no afrontan las obras oportunas que permita su habitabilidad; o si se debe optar por aprobar medias fiscales de naturaleza diversa para inducir a grandes tenedores a introducir sus viviendas vacías en el mercado de alquiler o a cederlas a organismos públicos para que estos dispongan de ellas a estos efectos.

## 8. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Que el Derecho Penal no es el instrumento más adecuado para conseguir el desalojo de un inmueble ocupado. El principio de *vis atractiva* del Derecho Civil conjugado con el de intervención mínima del Derecho Penal hace que resulta complicado conseguir una sentencia condenatoria por un delito, ya que los Tribunales pueden recurrir a eximentes como el estado de necesidad y dictar sentencias absolutorias. Por lo que hay que reservar el CP para los supuestos más graves de usurpación de bienes inmuebles, y recurrir al procedimiento civil para recuperar la posesión de inmuebles al ser más efectivo para tutelar este derecho (art. 250.4º LEC).

SEGUNDA.- Que la Ley de 11 de junio de 2018 modificó la LEC en relación con la ocupación ilegal de las viviendas con el fin de procurar un desalojo rápido («exprés») de los «okupas» de viviendas no pertenecientes a entidades bancarios o fondos de inversión; sin perjuicio, por supuesto, del establecimiento de medidas destinadas a la protección asistencial de los ocupantes cuando esta resulte necesaria.

TERCERA.- Que las circunstancias personales de los ocupantes ilegales del inmueble no deberían justificar por sí solas la demora en su desalojo, cuando son personas físicas las que se ven afectadas por la ocupación, y estas no son grandes tenedoras de viviendas, a fin de evitar la alarma social y conculcar el principio de seguridad jurídica. Son los poderes públicos quienes deben prestar y garantizar la asistencia adecuada a todas aquellas personas en situación de vulnerabilidad social y económico, facilitando su acceso a una vivienda digna.

CUARTA.- Que a quien habita una vivienda en concepto de arrendatario o precarista no se le puede imputar un delito de usurpación leve, aunque no restituya el inmueble al arrendador trascurrido el plazo acordado, no pague la renta que le responde o,

simplemente, no restituya el bien a petición de su titular, en el caso de precario. Habrá que recurrir al procedimiento por desahucio. Se entiende que el titular deberá acudir a las acciones civiles oportunas para recuperar la posesión del bien.

QUINTA.- Que la comunidad de propietarios está legitimada para actuar contra quienes ocupan ilegalmente una vivienda solo en el caso de que en esta se desarrollen actividades que violen lo dispuesto por los estatutos o lo previsto por la ley, por lo que podría acogerse a lo dispuesto por el artículo 7.2. de la LPH.

SEXTA.- Que se ha aprobado una medida extraordinaria que ha permitido suspender (que no privar) temporalmente los procedimientos dirigidos a restituir la posesión de una vivienda a su titular cuando este es un gran tenedor y los ocupantes sufren una clara situación de vulnerabilidad económica y social. Se prioriza la protección del ocupante sobre el interés patrimonial del titular de la vivienda hasta resolver el problema habitacional que aquel tiene, dadas las circunstancias excepcionales vividas a causa de la COVID-19.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Ocupación, hallazgo y tesoro: reminiscencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BASTANTE GRANELL, V., «Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos “ocupa” y “ocupado”», *Revista Aranzadi Derecho Patrimonial*, núm. 47, 2018.

CABALLÉ FABRA, G., *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela de los derechos reales inscritos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas», *El consultor inmobiliario*, diciembre, 2005.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, t. II, Editorial Revista Derecho Privado, 1985.

GIMÉNEZ CANDELA, T., *Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

GONZÁLEZ CUSSACM, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

JIMÉNEZ PARIS, J. M., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal español*, Reus, Madrid, 2018.

LACRUZ MANTECÓN, M. L., *La ocupación imposible. Historia y régimen de los inmuebles mostrencos*, Dykinson, Madrid, 2011.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MAGRO SERVET, V., «Actuación de las comunidades de propietarios ante el fenómeno de la ocupación ilegal de bienes inmuebles por ajenos a la comunidad», en *Revista de Derecho Inmobiliario*, nº 54, julio 2017. Disponible en <http://revistas.lefebvre.es/revista-de-derecho-mobiliario/hemeroteca/tribunas/article>.

MARTÍN BRICEÑO, M. R., «El endeudamiento familiar: la protección de los deudores hipotecarios y otros aspectos relacionados con la ejecución hipotecaria» en *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, directora M. T. Echevarría, La Ley, 2013.

MOREU BALLONGA, J. L., *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Bosch, 1980.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, puesta al día por C. López Peregrin, C., Tirant lo Blanc, Valencia, 2021.

RAMOS RIBA, E., «El delito de ocupación ilegal no violenta de bienes inmuebles», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, p. 405-469.

SANZ MORÁN, A. J., *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídica y establecimientos abiertos a l público*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

VÁZQUEZ RAMOS, S., *Los interdictos. Acciones posesorias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Fecha de recepción: 17.03. 2021

Fecha de aceptación: 08.09.2021