

**EL *LABYRINTHUS IUDICIORUM* DE LA OCUPACIÓN ILEGAL  
DE VIVIENDAS: REMEDIOS EN LAS VÍAS PENAL Y CIVIL  
Y ANÁLISIS DE SU EFICACIA**

**(«*LABYRINTHUS IUDICIORUM*» IN ILLEGAL OCCUPATION  
OF HOUSES: REMEDIES UNDER CRIMINAL AND CIVIL LAW  
AND ANALYSIS OF THEIR EFFECTIVENESS)**

*Alberto José Lafuente Torralba*  
*Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

En el presente artículo se acomete un estudio en clave práctica del fenómeno de la ocupación ilegal, que se ha recrudecido al calor de la crisis económica y el aumento de las situaciones de emergencia habitacional. Más concretamente, el autor se propone analizar los instrumentos procesales existentes para tutelar al propietario o poseedor legítimo tanto en la vía penal como en la vía civil. Aparte de este análisis, se pretende hacer balance y valorar críticamente la eficacia de esos instrumentos, identificando sus disfunciones y realizando propuestas de mejora. Se presta una especial atención a las novedades incorporadas por la última normativa aprobada sobre la materia, como la Ley 5/2018, de modificación de la LEC en relación a la ocupación ilegal de viviendas; el Real Decreto-ley 37/2020, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda; la Instrucción 1/2020 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles; y la Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles.

**Palabras clave:** ocupación ilegal, vivienda, derecho de propiedad, tutela posesoria, desahucio, allanamiento de morada, usurpación de inmuebles, estado de alarma, vulnerabilidad, emergencia habitacional.

## ABSTRACT

In this article we make a practical study about illegal occupation, which has been exacerbated by economic crisis and the increase of emergency housing situations. More precisely, the author intends to analyse existing procedural instruments under criminal and civil law. Moreover, we take stock and critically evaluate the effectiveness of these instruments, identifying their dysfunctions and making improvement proposals. We pay particular attention to the latest developments which has been incorporated by the legislation in this field: Law 5/2018, on amending Civil Procedural Law in relation to illegal occupation of houses; Royal Decree-law 37/2020, for urgent measures to face social and economical vulnerabilities in the area of housing; Instruction 1/2020 of Prosecutor General's Office, about action criteria to request precautionary measures in burglary and takeover of inoccupied properties; and Instruction 6/2020 of State Secretariat for Security, which establishes the action protocol for State Security Forces in the face of illegal occupation of properties.

**Key words:** illegal occupation, housing, right to property, possessory actions, eviction, burglary, takeover of inoccupied properties, alarm state, vulnerability, emergency housing.

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. REMEDIOS EN LA VÍA PENAL. 1. ESQUEMA GENERAL: PROCEDIMIENTOS ADECUADOS EN FUNCIÓN DEL TIPO PENAL APLICABLE. A. Allanamiento de morada (art. 202 CP). B. Usurpación de inmuebles que no constituyan morada (art. 245 CP). 2. VÍAS AGILIZADORAS. A. Desalojo por propia autoridad en casos de flagrancia delictiva: el protocolo establecido en la Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad. B) Medida cautelar de desalojo: la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado. 3. IDONEIDAD DE LA VÍA PENAL PARA HACER FRENTE A LA OCUPACIÓN ILEGAL. III. REMEDIOS EN LA VÍA CIVIL. 1. MECANISMOS GENERALES DE TUTELA DE LA POSESIÓN. A. Proceso para la tutela sumaria de la tenencia o posesión (interdictos posesorios). B. Proceso para la tutela de derechos reales inscritos (interdicto registral). C. Desahucio por precario. 2. EL «MECANISMO DE RECUPERACIÓN

INMEDIATA» DE VIVIENDAS ILEGALMENTE OCUPADAS: LA LEY 5/2018, DE 11 DE JUNIO. A. Notas preliminares. B. Los beneficiarios del nuevo procedimiento: justicia de dos velocidades según la calidad del propietario. C. Solución al problema de los demandados fantasmagóricos. D. La joya de la corona del procedimiento contra la ocupación ilegal: el incidente de entrega inmediata de la posesión. 3. LA EXTREMA NECESIDAD DEL OCUPANTE COMO FRENO A LA TUTELA POSESORIA: 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. A. El péndulo legislativo ante el fenómeno de la ocupación ilegal: de la «ley anti-okupas» al «decreto anti-desahucios». B. Requisitos de la suspensión extraordinaria. C. El incidente de suspensión: trámites y decisión final. D. Adopción de medidas por la Administración competente y eventual —y restringido— derecho de compensación del propietario: dudas de constitucionalidad.

## I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el problema de la ocupación ilegal de viviendas ha alcanzado en los últimos tiempos una extraordinaria gravedad y en torno a él ha surgido un auténtico hervidero de controversias. Estas van más allá del ámbito jurídico y se adentran en el campo de la moral y la política, dando lugar a un panorama complejo en el que los sesgos ideológicos acaban ofuscando los conceptos y dificultando el análisis sereno de la cuestión.

Dicho fenómeno, además, parece haber entrado en una especie de dinámica exponencial que lo va empeorando cada vez más, originando lo que, si se me permite la expresión, cabe calificar de «tormenta perfecta». Hallamos aquí a dos sectores enfrentados: por una parte, una masa creciente de desheredados sociales, castigados por el encadenamiento de crisis económicas, por el desempleo y la carestía de la vivienda, que se ven empujados a la ilegalidad o, al menos, seducidos por ella, para no verse a sí mismos y a los suyos arrojados más allá del umbral de exclusión; por otra parte, tenemos a los titulares de esas propiedades que están siendo usurpadas, que un buen día acuden a su piso y lo encuentran invadido por extraños que pretenden hacer política social a costa de ellos.

En medio de este pugilato, nuestro sistema legal no proporciona respuestas adecuadas a ninguno de los contendientes. Ese sistema se muestra altamente ineficaz para amparar a los más vulnerables, pues el Estado Social no se está esforzando lo suficiente para dar cumplimiento al art. 47 de la Constitución, al derecho a una vivienda digna, haciendo todo lo que sea necesario para aumentar el parque de vivienda pública y la oferta de alquileres sociales. Y el sistema legal se está mostrando también ineficaz para amparar a los propietarios y poseedores legítimos, a quienes el Estado de Derecho no brinda remedios procesales

eficientes para hacer frente al despojo del que han sido víctimas y recuperar la posesión perdida.

En resumen, fracaso del Estado Social para satisfacer la necesidad de vivienda de quienes se han visto expulsados del circuito económico y fracaso del Estado de Derecho para satisfacer la necesidad de tutela de los propietarios. Y la suma de esos dos fracasos da como resultado lo que estamos viendo, una espiral de ilegalidades que se encadenan y retroalimentan entre sí. Porque eso es lo que sucede cuando se infringe la ley y el sistema no reacciona, o reacciona tarde y mal: se abre la caja de Pandora, se borran los límites y el imperio de la ley es sustituido por el imperio del «todo vale».

En una situación como la descrita todos se sienten legitimados para prescindir del Derecho y tomarse la justicia por su mano: los unos decidirán hacer suyo lo que no lo es y no solo no se sentirán culpables por ello sino que llegarán a convencerse de que están haciendo un bien social. Empezarán por ocupar el gigantesco patrimonio inmobiliario de bancos, fondos buitres y fondos de inversión, ese desolado paisaje de miles de viviendas vacías, para hacerles pagar su cuota de responsabilidad en la crisis, para castigarles por sus prácticas especulativas, para compensar el enorme sacrificio de una sociedad que rescató al sector financiero sin recibir nada a cambio. Empezarán por ahí y seguirán con el apartamento de la playa o de la montaña de cualquiera de los lectores de esta revista, por entender que poseer una segunda residencia es un lujo indecente y hay que repartir la riqueza. Y, a partir de ese punto, no cuesta imaginar los siguientes tramos de esta espiral ascendente: un piso que destinamos a alquiler para complementar nuestros ingresos o que estamos reservando a la espera de emanciparnos o de un futuro matrimonio, o nuestra propia vivienda de la que nos hemos ausentado para pasar las vacaciones en el pueblo o para pasar una temporada trabajando en el extranjero. Al final cualquier ausencia temporal nos hará indignos de la propiedad que ostentamos y convertirá el inmueble, a ojos del ocupante, en una *res nullius* susceptible de apropiación por el primero que pase. Si la justicia no reacciona con agilidad y eficacia, la sensación de impunidad acaba intoxicando la atmósfera social y el infractor, sabedor de que lo que haga no tendrá apenas consecuencias, acabará convenciéndose de que su voluntad es la ley.

Porque ese es el problema que plantea hacer justicia social «desde abajo»: que a lo mejor empieza siendo justicia, pero acaba degenerando en arbitrariedad devastadora. Si se deja que sean los particulares quienes realicen la «función social de la propiedad» de la que habla el art. 33 de la Constitución, por sus propios medios y recurriendo a vías de hecho, al final quien consiga una vivienda no será el más necesitado, sino el más avisado a la hora de colarse por los intersticios de la ley o el menos escrupuloso para burlarla. Esto lo han entendido muy bien las mafias que están proliferando en este ámbito de la ocupación ilegal: aprovechando la coartada moral que les brinda la demonización de las entidades financieras, estas bandas criminales están ocupando masivamente «pisos de bancos» y alquilándolos como si fueran suyos a personas en riesgo de

exclusión, aprovechándose de su ignorancia y de su situación desesperada. De este modo, junto a la ocupación reivindicativa, inspirada por una motivación ideológica, y la ocupación de supervivencia, impelida por situaciones de necesidad, está emergiendo una ocupación profesional configurada como negocio lucrativo, dotada de una logística compleja y encuadrada en el ámbito de la delincuencia organizada.

En cuanto a los propietarios y poseedores legítimos, frustrados por unos remedios procesales insuficientes y poco operativos, también van a sentirse legitimados para acudir a vías menos ortodoxas pero mucho más efectivas: la primera de ellas será negociar con el ocupante ilegal y pagarle para que se vaya. Pensarán que, a la postre, les sale más barato que pagarse un abogado y un procurador para que presente un interdicto de recobrar la posesión, y desde luego va a ser mucho más rápido.

La segunda posibilidad que se planteará el propietario será contratar los servicios de una de esas tenebrosas «agencias de desocupación» que están proliferando en este nicho de mercado, que afirman conseguir el desalojo en menos de 48 horas y alardean de tasas de éxito cercanas al 100%. En sus páginas web se presentan como una suerte de entidades de mediación expertas en la búsqueda de soluciones «amistosas», aunque sus técnicas —como vamos a ver— no terminen de encajar en este adjetivo. Algunas de ellas, además, se enorgullecen de su compromiso con el deporte, razón por la cual incluyen en sus equipos de mediadores a ejércientes de determinadas disciplinas deportivas (fisioculturismo, artes marciales mixtas, etc.). En cuanto a sus armas negociadoras, son básicamente dos: por un lado, la conciencia de que el ocupante al que visitan es el menos interesado en llamar a la Policía; y, por otra parte, el «control de acceso» a propiedades previsto en el art. 32.1.b de la Ley 5/2014, de Seguridad Privada, que supuestamente les faculta para impedir a los ocupantes reingresar en el inmueble tras haber salido del mismo por el motivo que fuere (hacer la compra, llevar a los niños al colegio, etc.). En estas condiciones, los incentivos del ocupante para «negociar» su retirada son considerables. Aunque sea fuerte la tentación de considerar la labor de estas empresas como un servicio a la comunidad, un ejemplo de las bondades que atesoran los medios extrajudiciales de resolución de controversias, el triunfo de la iniciativa privada sobre una Justicia burocratizada y reumatosa o un paradigma de colaboración con los poderes públicos, contribuyendo a la descongestión de los tribunales, conviene hacerse una pregunta: ¿qué pensaríamos si las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad utilizaran los mismos modos que esos «desokupadores» de pago?

Como vemos, el lenguaje es un potente embellecedor: convierte la ocupación de propiedades ajenas en una cuestión de justicia social o una protesta contra la iniquidad del sistema, y la contratación de una pseudo policía mercenaria para efectuar el desalojo en un cántico a la autocomposición de conflictos. Llamémoslo como queramos, pero sabemos lo que se esconde debajo: la ley de la selva y el riesgo de convertir algunas zonas o barrios en campos de batalla. Así de simple.

A continuación, expondremos la batería de remedios procesales existentes para hacer frente a la ocupación, distinguiendo entre los esgrimibles en la vía penal y en la vía civil. Aunque, como veremos, nuestras leyes procesales ofrecen una amplia panoplia de instrumentos, dando lugar a un catálogo procedimental particularmente intrincado, la eficacia que cabe predicar de cada uno de ellos es escasa o, en el mejor de los casos, limitada. Con carácter preliminar, debe advertirse que no cabe combinar ambas vías —la penal y la civil— en un intento de explotar simultáneamente las ventajas que una y otra pudieran tener. La incoación de una causa penal por hechos que pueden ser también determinantes de un pleito civil es un ejemplo de prejudicialidad devolutiva, de suerte que los tribunales civiles habrán de aguardar al pronunciamiento de sus homólogos penales para poder entrar en escena (art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim).

Ciertamente, el ofendido, aun habiendo optado inicialmente por la vía penal, puede expresar su voluntad de reservarse la acción civil para ejercerla separadamente, pero en tal caso ha de saber que la interposición de la demanda civil va a quedar postergada hasta que finalice el proceso penal (art. 112 LECrim): el uso de uno y otra vía no puede ser simultáneo, sino sucesivo. Este es un dato que han de tener muy en cuenta los propietarios afectados por conductas como las abordadas en este trabajo, pues una vez enterados de la irrupción o presencia de ocupantes no autorizados su primer impulso —como es comprensible— es el de acudir a la Policía y formular la correspondiente denuncia, activando así los resortes de la Justicia penal. Han de saber que, al hacerlo, van a privarse a sí mismos —al menos de momento— de los cauces de tutela sumaria de la posesión habilitados por la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Este aspecto —la imposibilidad de actuar en un doble frente para proteger de un modo más enérgico a la víctimas de la ocupación inconstentida— debiera ser objeto de atención por parte del legislador, permitiendo utilizar en paralelo la vía penal para la persecución de los delitos de allanamiento o usurpación y la protección interdictal frente a perturbaciones posesorias.

## II. REMEDIOS EN LA VÍA PENAL

### II. 1. ESQUEMA GENERAL: PROCEDIMIENTOS ADECUADOS EN FUNCIÓN DEL TIPO PENAL APLICABLE

#### II. 1. A. *Allanamiento de morada* (art. 202 CP)

Dentro de la vía penal, los instrumentos procesales se diversifican en función del tipo de inmueble sobre el que se proyecte la ocupación inconstentida: si ese inmueble constituye morada, siendo por tanto incardinable en el delito de allanamiento que

tipifica el art. 202 del Código Penal (en adelante CP), el proceso se sujetará a los trámites del juicio por jurado, por ser este uno de los delitos incluidos en la competencia objetiva del tribunal popular (art. 1.2.d. de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado). Debe recordarse aquí que el término «morada» a efectos de integrar este tipo delictivo entronca con el concepto constitucional de domicilio en cuanto espacio físico en el que se proyecta la intimidad del individuo: no se protege el espacio por sí mismo, sino por lo que hay en él de emanación de la persona. De este modo el concepto de morada no quedaría acotado a la residencia habitual del ofendido, sino que se extendería a cualquier inmueble en el que este habite y desarrolle su vida aunque sea de forma esporádica, como por ejemplo segundas residencias. Conviene tenerlo en cuenta a la vista del repunte de las ocupaciones de este tipo de inmuebles en los últimos meses, especialmente en zonas del litoral, aprovechando los períodos de confinamiento y las limitaciones a la movilidad geográfica que ha traído consigo la crisis sanitaria.

En este punto es preciso intercalar un inciso crítico para denunciar el grave desacierto que, desde el prisma de la política legislativa, supone desplegar la imponente parafernalia del juicio por jurado para enjuiciar una conducta como el allanamiento de morada. Ello resulta desproporcionado, antieconómico e ineficiente y, por ello, urge una reforma que ponga fin a este sinsentido procesal. Es, cuando menos, paradójico que la gravedad del delito de allanamiento de morada —si se lo compara con el delito de usurpación al que después nos referiremos—, en lugar de merecer una respuesta procesal contundente, genere un auténtico enredo procedimental lleno de demoras y trámites inútiles. Incluso en los frecuentes casos de reconocimiento de los hechos por parte del inculpado y de conformidad con la acusación va a ser preciso constituir un jurado con nueve ciudadanos y llevar el caso a la Audiencia Provincial, ya que esa conformidad, para considerarse válidamente manifestada, ha de prestarse necesariamente ante el jurado. No es difícil imaginar el desconcierto e incluso indignación de esos ciudadanos, a los que se ha apartado de sus ocupaciones personales, familiares y profesionales para servir a la justicia, cuando constatan el papel decorativo que les ha tocado interpretar en lo que, desde su punta de vista, se antoja una extraña pantomima judicial. Más adecuado sería sustanciar el caso como juicio rápido, con confesión ante el juzgado de guardia seguida de sentencia inmediata de conformidad, que levantar la formidable pero innecesaria tramoya del jurado para asuntos que pueden ventilarse sin tanto despilfarro.

La situación que acaba de describirse no hace sino alimentar el conocido fenómeno de la «huida del jurado», término que resume los imaginativos manejos de los operadores jurídicos para sustraer asuntos de la órbita de los jueces legos y reconducirlos hacia un tribunal profesional. Entre esos trucos de ingeniería jurídica ocupa un lugar destacado el retorcimiento de la calificación penal de los hechos y el baile de figuras delictivas, transmutando un caso claro de allanamiento de morada en un delito de coacciones. Por ello, hay quienes consideran que ese delito del art. 202 CP es un «fantasma» que virtualmente ha desaparecido —o, cuando menos, ha reducido mucho su presencia— en la práctica forense.

## II. 1. B. *Usurpación de inmuebles que no constituyan morada (art. 245 CP)*

Si, por el contrario, el inmueble ocupado no constituye morada, nos encontraremos ante un delito de usurpación del art. 245 CP, en cuyo caso el camino procesal si bifurca según concurra —o no— violencia o intimidación en las personas. Si estas se dan, surge un subtipo agravado que la ley castiga con una pena abstracta de uno a dos años de prisión. Ello comporta la inclusión de esta conducta en el ámbito del procedimiento abreviado, con la posibilidad de tramitarlo como juicio rápido si existe flagrancia o cabe presumir una instrucción sencilla (art. 795 LECrim).

En la hipótesis inversa —esto es, cuando el ocupante ha accedido al inmueble sin autorización del propietario o poseedor legítimo, pero sin haber empleado violencia o intimidación en las personas—, la pena prevista (multa de tres a seis meses) comporta la aplicación del procedimiento por delitos leves (arts. 962 y ss. LECrim), si bien con alguna relevante especialidad como la relativa al carácter preceptivo de la asistencia letrada (art. 967.1.II LECrim). Hay que proveer, por tanto, de abogado al acusado por delito leve de usurpación pacífica, del turno de oficio en el caso de que no designe a uno de su confianza, quedando cubierto por el sistema de justicia gratuita en el caso —sospechamos que generalizado en la práctica— de que el encartado carezca de recursos suficientes para litigar.

Las posibles líneas de defensa serán variadas, desde la invocación de algún título posesorio cuya consistencia habrá de valorar el juez, hasta otras como el estado de necesidad o incluso la atipicidad del hecho. En lo que atañe al estado de necesidad (art. 20.5° CP), nuestros tribunales suelen mostrarse muy restrictivos a la hora de aplicar esta eximente: para apreciar la amenaza de un mal grave e inminente no basta la existencia de una «una situación de angustia o estrechez económica» o una «mera situación de paro laboral». Se exige, además, que el autor haya agotado todos los medios menos lesivos antes de la realización de la conducta típica, de modo que no cabe apreciar la eximente cuando aquel tiene arraigo en el país y pudiera haberse alojado en el domicilio de algún pariente, sin entrar a valorar si el familiar en cuestión lo hubiera permitido, o cuando no se han agotado todas las posibilidades en cuanto a petición de ayudas. Las circunstancias determinantes del estado de necesidad, además, han de quedar suficientemente probadas, lo que se combina con ciertas presunciones judiciales contrarias a la aplicación de la eximente: así, se presupone que una persona trabaja si está en edad laboral y no demuestra lo contrario. En definitiva, es rara la apreciación de la eximente completa, quedando circunscrita básicamente a inmigrantes sin arraigo que no pueden acceder al mercado laboral ni a pisos de protección oficial por carecer de la documentación obligatoria, o familias con hijos menores y sin recursos económicos que ya han acudido —sin resultado— a los organismos públicos en busca de ayudas.

En relación con la posible atipicidad de la conducta, se viene entendiendo que quedan extramuros del Derecho Penal aquellas ocupaciones en las que, a la vista de las circunstancias, no se aprecie una cierta vocación de permanencia, las

cuales solo son sancionables en vía administrativa en virtud del art. 37.7 de la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante LOPSC); también los casos en que no quepa apreciar una posesión socialmente manifiesta por parte del titular, como sucede cuando la vivienda se encuentra en patente estado de abandono o desuso.

Asimismo, los casos de usurpación pacífica son un campo especialmente abonado para la aplicación de los principios de subsidiariedad e intervención mínima del Derecho Penal, frecuentemente invocados por la defensa y eventualmente estimados en algunas sentencias. Y algo de verdad se atisba en ello: tal y como se lo configura legalmente, con una pena que roza lo ridículo y consistente en una multa que el condenado, de todos modos, no va a poder pagar, el delito del art. 245.2 CP no deja de ser una infracción bagatelaria con una respuesta punitiva sumamente tenue. Esto contrasta con la percepción social de este tipo de hechos, que la opinión pública vive con preocupación y congoja. Así las cosas, si el propietario acude a la Justicia penal no es, desde luego, para promover el ejercicio del *ius puniendi*, que poco o nada aporta en términos de represión y prevención, sino para recuperar la posesión injustamente perdida. Instrumentaliza el proceso penal para la tutela de intereses subjetivos privados, pero lo hace porque la vía civil —que sería la adecuada para obtener lo que busca— se le presenta comparativamente onerosa, lenta e ineficiente.

La defensa también puede jugar con un elemento del tipo que la jurisprudencia menor no interpreta de forma unívoca: la ausencia de «autorización debida» por parte del titular del inmueble. Sin entrar en pormenores dogmáticos, hay tribunales que exigen una constancia inequívoca y terminante de la voluntad contraria a la ocupación, incluso la existencia de un requerimiento expreso de desalojo. No basta, al parecer, que el inmueble se halle cerrado y que se haya accedido al mismo de forma clandestina, con forzamiento de cerraduras o rotura de ventanas, datos que por sí solos ya deberían revelar la falta de autorización. El problema adquiere especial crudeza en el caso de los grandes tenedores inmobiliarios, con obvias dificultades para controlar puntualmente el estado posesorio de su cartera de viviendas y tiempos de reacción que pueden prolongarse considerablemente, tardando semanas o meses en «ocuparse de los ocupantes».

Entretanto, cómo no, el problema es de los vecinos, que probablemente son los grandes olvidados en el drama de la ocupación ilegal: aunque observen que personas extrañas a la finca han irrumpido ilegalmente en algún piso, poco van a poder hacer en la vía penal si no consta oposición alguna por parte de la entidad propietaria o si su pasividad se interpreta como signo de tolerancia. Y, en lo que respecta a la vía civil, las comunidades de propietarios carecen de legitimación activa para el interdicto de recobro u otras formas de tutela posesoria sobre elementos privativos. Solo disponen, en los casos más graves, de la acción de cesación de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, que han de sustanciarse por el dilatado cauce del juicio ordinario. La tutela de los vecinos frente al fenómeno «okupa» constituye, en definitiva, una cuenta pendiente del legislador, que entretanto los deja expuestos a no pocos agravios:

desde defraudaciones de fluido eléctrico u otras análogas cuando los ocupantes se «enganchan» a la luz de la comunidad, hasta problemas graves de convivencia en función del perfil del ocupante y su mayor o menor respeto por la buena vecindad. Esto se suma a otros problemas que vienen padeciendo las comunidades de propietarios cuando entre estos se incluye algún banco u otro gran tenedor, como la deficiente atención a los asuntos comunitarios concretada en el impago crónico de cuotas o derramas.

En otro orden de cosas, la calificación de la usurpación pacífica como delito leve comporta que la ausencia injustificada del acusado en el juicio no es causa de suspensión ni impide condenarlo si efectivamente se le halla culpable (art. 971 LECrim), en contra de la regla general imperante en el proceso penal que erige la presencia del acusado como una garantía necesaria e irrenunciable, condicionante de la validez de las actuaciones. Debe recordarse, asimismo, que las sospechas por delito leve no justifican con carácter general una detención, salvo que el presunto infractor no tenga domicilio conocido ni preste fianza (art. 495 LECrim), circunstancias excepcionales que obviamente no concurren en el caso de un ocupante cuyo domicilio —aunque se haya asentado en él ilegalmente— es perfectamente conocido, siendo el hecho de hallarse en él lo que integra, precisamente, el tipo delictivo. Estas consideraciones han de ser tenidas especialmente en cuenta, como es obvio, por los agentes policiales que se personan en el lugar, que no podrán detener al usurpador por notoria que resulte su conducta salvo que esta entre en concurso con otras infracciones penales. Entre ellas debe destacarse el posible delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 CP) en el caso, por ejemplo, de que el usurpador se niegue u obstaculice su identificación.

## II. 2. VÍAS AGILIZADORAS

Como sabemos, incoado el proceso en cualquiera de las modalidades a que se ha hecho referencia, a la acción penal que constituye su núcleo se puede acumular la acción civil *ex delicto* para que se dilucide en el marco del mismo procedimiento, acción civil que en nuestro caso consistirá en la restitución posesoria del inmueble ilegalmente ocupado, dejándolo expedito y a disposición de su poseedor legítimo. A esta habría que añadir el resarcimiento de los daños y perjuicios que la entrada en el inmueble y su uso durante el período de ocupación hubieran podido generar, si bien su indemnización será a menudo una entelequia por la insolvencia de los acusados. El ejercicio conjunto de ambas acciones es, de hecho, la regla general en nuestro proceso penal, siendo un deber del Ministerio Fiscal instar tanto el castigo del delincuente como la satisfacción de las responsabilidades civiles aunque la víctima no se erija como acusación particular (art. 108 LECrim). Esta regla únicamente cede en los casos en que el ofendido se reserve la acción civil para ejercitarla separadamente ante este orden una vez concluido el proceso penal (art. 112 LECrim).

Así pues, la sentencia que culmine el proceso penal se pronunciará sobre el tipo delictivo invocado como fundamento de la acusación, imponiendo —si es

estimatoria— la pena que corresponda y condenando al desalojo al ocupante. Dado el tiempo que ello puede requerir, forzando hasta el extremo la paciencia del dueño obligado a contemplar cómo otros disfrutaban gratuitamente y sin título alguno de su propiedad, debemos preguntarnos acerca del modo en que pueden agilizarse las cosas, procurando el recobro de la posesión en un horizonte temporal más próximo. Las dilaciones, como no se cansan de publicar los medios informativos, pueden llegar a ser sangrantes, situación explicable por la sobrecarga de trabajo de nuestros tribunales. No obstante, urge la búsqueda de soluciones para un propietario a quien, más que la imposición de una pena, lo que le interesa es recuperar cuanto antes aquello de lo que fue privado.

A este respecto, las vías para lograr una más pronta recuperación posesoria, sin tener que alargar la espera hasta la conclusión del proceso, son dos: el «desalojo por propia autoridad» que, en los casos de flagrancia, pueden acometer las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de forma inmediata y antes de la judicialización del conflicto; y la posible adopción de una medida cautelar de desalojo en tanto se sustancia el proceso penal, en lo que vendría a ser una anticipación de la tutela que otorgará la sentencia y que esta, llegado el momento, elevará a definitiva. Las abordaremos por separado.

## *II. 2. A. Desalojo por propia autoridad en casos de flagrancia delictiva: el protocolo establecido en la Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad*

Esta es, sin duda, la forma más expeditiva de restaurar en su posesión al propietario o titular de derechos afectados por la ocupación. El desalojo en este caso es efectuado por la Policía en su primera intervención, cuando se ponen los hechos en su conocimiento y los agentes se personan en el inmueble. El fundamento de este «desalojo exprés» se encuentra en el art. 18.2 de la Constitución, que brinda a las fuerzas policiales la legitimidad necesaria para entrar en domicilios en caso de delito flagrante. Y ello, con el objetivo de impedir la acción delictiva que se va a cometer o poner fin a la que se está cometiendo, sin necesidad de contar con el consentimiento del titular del domicilio y sin previa autorización judicial.

Para aproximarnos a esta figura resulta indispensable conocer las pautas de actuación de la Policía a la hora de encarar los delitos de allanamiento y usurpación. Es evidente la necesidad de dotar a los agentes de unos márgenes seguros que delimiten del modo más claro posible cuándo pueden y cuando no pueden desalojar *ipso facto* a los ocupantes, pues es mucho lo que se juegan: en especial, la posible incriminación por un delito contra la inviolabilidad domiciliar cometida por funcionario público (art. 534 CP), exponiéndose a una pena de inhabilitación y consiguiente separación del servicio. Hay que extremar la cautela porque a diferencia de otros delitos contra el patrimonio, como el hurto o el robo, la usurpación inmobiliaria produce una curiosa consecuencia jurídica, acompañada normalmente de una estela de indignación popular: puede engendrar derechos constitucionalmente protegibles sobre los efectos del

delito —inviolabilidad del domicilio— a favor del infractor. El mismo hecho delictivo —ocupar o mantenerse en un inmueble contra la voluntad de su titular— hace nacer un derecho fundamental donde antes no lo había. Por ello, y por fuerte que sea el clamor social contra conductas como las aquí tratadas, la Policía no puede dejarse arrastrar por dicho clamor: ha de moverse sobre terreno firme.

Esas pautas han sido recientemente desarrolladas por la Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles: un texto exhaustivo y pormenorizado que, entre otros muchos aspectos, dedica una especial atención al desalojo por propia autoridad, desgranando una serie de supuestos en los que los agentes estarían facultados para utilizar esta vía. Se trata de casos subsumibles en el concepto de flagrancia, presupuesto ineludible —como hemos señalado— para el desalojo policial inmediato. La citada instrucción enuncia tales casos a título ilustrativo:

– Cuando los agentes sorprenden a los autores accediendo al inmueble o introduciendo utensilios que permitan inferir su voluntad de efectuar una ocupación permanente.

– Cuando vecinos o testigos avisan de que hay personas entrando en el inmueble por la fuerza (rotura o fractura de puerta o ventana).

– Mediante aviso de una central de alarmas por activación de la señal de intrusión en el inmueble, o del guarda de seguridad o conserje (en las comunidades que tienen contratados estos servicios) que manifiesten que se está produciendo la ocupación en ese momento.

– Por cualquier otra vía por la que las fuerzas policiales adquieran noticia de estos hechos (aplicaciones informáticas, redes sociales, anuncios en la red, etc.). Esta es, a mi parecer, una vía muy útil, que aprovecha el potencial de las nuevas tecnologías (en especial, mediante la aplicación *AlertCops* que cualquier usuario puede descargar y portar en sus dispositivos móviles) para activar la intervención inmediata de las fuerzas policiales en casos como los aquí estudiados. No debe descartarse tampoco el papel de las redes sociales que la Policía suele rastrear en sus labores de «ciberpatrullaje», con algunas como Twitter en las que el flujo de imágenes captadas o vídeos grabados «a pie de calle» es constante y en tiempo real, dando así un mayor juego al concepto tradicional de flagrancia.

En cualquier caso, conviene preguntarse si este catálogo de casos que ofrece la Instrucción 6/2020 es suficiente o bien deja fuera multitud de supuestos en los que también estaría indicada, y sería constitucionalmente posible, la entrada en el inmueble y expulsión inmediata de sus ocupantes por la fuerza pública. Es difícil negar que, si nos ceñimos a los términos de esta instrucción, ese desalojo «exprés» o por propia autoridad va a tener un campo de aplicación muy limitado, quedando fuera de su alcance la gran mayoría de los casos de ocupación ilegal por notoria, pública y manifiesta que esta resulte. Ciertamente, el elenco de casos de flagrancia que la instrucción proporciona, como su propio texto

señala, es abierto y de carácter meramente ejemplificativo, pero es obvio que a la hora de actuar sobre el terreno los agentes preferirán atenerse a su literalidad antes que aventurarse en inciertos ejercicios interpretativos.

A la luz de los ejemplos facilitados, la instrucción parece hacer hincapié en el momento en que los presuntos autores acceden o se disponen a acceder al inmueble, siendo esta entrada percibida bien directamente por los propios agentes, bien por terceros que avisan inmeditamente de lo que están presenciando. Hay que tener en cuenta, no obstante, que las conductas que estamos analizando —allanamiento de morada, usurpación inmobiliaria— encajan en la noción jurídico-penal de delito permanente: no se cometen en un momento concreto, sino de forma sostenida a lo largo del tiempo. Por ello, la flagrancia no solo puede apreciarse en el momento inicial, cuando la acción delictiva se está iniciando o se va a iniciar de modo inminente (que es lo que se circunscriben los casos enumerados en la instrucción), sino en cualquier momento del estadio consumativo del delito.

Al hilo de lo anterior, pensemos en ciertos casos de ocupación de los que, en los últimos meses, se están haciendo eco los medios: concretamente, casos en los que los propios infractores, una vez instalados en la vivienda, fijan un cartel en la puerta que da acceso a la misma reconociendo su condición de ocupantes no autorizados, proclamando que ese es ahora su domicilio y no tienen intención de marcharse, «invitando» a quien cuestione su «derecho» a recurrir a los tribunales y advirtiendo a la Policía que, entretanto, se abstenga de entrar bajo apercibimiento de sanciones penales. Tal modo de proceder se está prodigando en la práctica, probablemente por influjo de los «manuales de okupación» que circulan por la red e incorporan estos «modelos» de cartas admonitorias entre sus anexos. Muchos ciudadanos, sin duda, se sorprenderán al ver que una confesión tan escandalosa de una conducta delictiva, realizada abierta, públicamente y con una ausencia de pudor que raya el exhibicionismo, no se considere constitutiva de un «delito flagrante» ni dé lugar al desalojo directo de quienes lo perpetran. Y, a mi juicio, esa sorpresa está justificada. La Instrucción 6/2020 tiene el mérito de haber proporcionado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad una herramienta de trabajo, una guía útil para desarrollar sus operativos en el ámbito de la ocupación ilegal. Pero, probablemente, peca de un exceso de cautela.

## *II. 2. B. Medida cautelar de desalojo: la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado*

La otra vía agilizadora a la que antes hemos aludido, y que ahora vamos a analizar, tendría lugar una vez remitido el atestado policial al juzgado e incoada la causa penal. Durante el desarrollo de esta, y cuanto antes mejor, el juez de instrucción podría dictar un auto acordando el desalojo cautelar de los ocupantes contra los que se siguen las actuaciones, tutelando así de forma interina el derecho a poseer del ofendido por el delito.

El problema que viene planteando una medida cautelar de esta índole es su falta de previsión legal. Ello ha dado lugar a notables disparidades en la respuesta jurisdiccional, desde jueces que la admitían sin mayor inconveniente a otros que consideraban inviable la adopción de medidas cautelares en los juicios por delitos leves, dada la ausencia de previsión al respecto en los preceptos que regulan este tipo procedimental. Por otra parte, el único encaje de una medida cautelar como la referida parece ser el art. 13 LECrim, que regula las «primeras diligencias» que han de practicarse una vez constatado el hecho delictivo. Y lo cierto es que, dados los términos del precepto, parece cuando menos dudoso que entre esas «primeras diligencias» pueda hallar acomodo un desalojo cautelar: resulta, acaso, un tanto forzado considerar este como una «medida de protección a los ofendidos o perjudicados por el delito», teniendo en cuenta que más que al ofendido (es decir, a su persona) en este caso se trata de proteger sus bienes.

En medio de este confuso panorama, la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, ha arrojado una luz clarificadora. En el empeño de ofrecer —como señala su título— «criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles», asume sin ningún género de dudas la posibilidad de instar el desalojo cautelar en las causas por estos delitos y proporciona a los acusadores públicos pautas detalladas para valorar su pertinencia. Sin duda, esta instrucción debe ser saludada positivamente, en cuanto plasmación de una política criminal que «se toma en serio» la amenaza que estas conductas suponen para la paz social y se propone implicar activamente a los fiscales en su persecución. Sin embargo, el resabio que su lectura deja resulta, cuando menos, ambiguo: esa precisa reglamentación de una figura procesal de tanto calado debería contenerse no en una norma interna de la Fiscalía, sino en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Probablemente nos estamos acostumbrando a que, esgrimiendo razones de eficiencia y procurando una adaptación más ágil a las cambiantes circunstancias, los aplicadores del Derecho se entreguen a la tarea de crearlo, colmando lagunas procesales que solo la ley procesal debería colmar. Este modo de legislar —o «para-legislar»— que se está abriendo camino en el ámbito del proceso invita, desde luego, a reflexiones urgentes, pero que exceden del modesto objetivo de este trabajo.

Sintetizando los aspectos más destacables de la Instrucción 1/2020, y una vez sentada la posibilidad legal de la medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble objeto del delito, esta se subordina a la concurrencia y acreditación de los clásicos presupuestos de toda medida cautelar: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, así como la proporcionalidad, parámetros que obligarán a ponderar no solo los daños que la ocupación irroge a la víctima del delito, sino también a otros sujetos como los colindantes o vecinos. Así las cosas, la instrucción considera aplicable esta medida sin resquicio de duda cuando los hechos sean constitutivos de allanamiento de morada. En los casos de usurpación pacífica se considera, asimismo, pertinente, si bien con limitaciones de carácter subjetivo, objetivo y procedimental:

– *Limitación subjetiva*: la procedencia del desalojo cautelar y, con ello, la mayor o menor facilidad para lograr la restitución inmediata de la posesión, van estrechamente ligadas a la condición de la víctima. De este modo, según quién sea el ofendido por el delito los fiscales pedirán, o no, la entrega de la posesión con carácter cautelar. Dicha limitación no es sino un eco de la que ya estableciera la Ley 5/2018, de 11 de junio, que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) mecanismos reforzados de tutela posesoria para hacer frente a la ocupación ilegal de viviendas, con un círculo asimismo restringido de posibles beneficiarios (de dichos mecanismos nos ocuparemos en el siguiente apartado de este estudio). Así, la fiscalía únicamente entenderá justificado e interesará el desalojo cautelar cuando la víctima de la usurpación sea una persona física, una persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro.

En consecuencia, las entidades privadas, como los bancos y sus filiales inmobiliarias o los popularmente conocidos como «fondos buitres», quedan fuera del foco de atención de la fiscalía y, según parece, no van a poder beneficiarse de este cauce de recuperación acelerada de la posesión: para hacer efectivos sus derechos habrán de esperar a la sentencia penal que finalmente se dicte o, en su caso, ejercitar las correspondientes acciones posesorias en la vía civil. Aunque esta sea la impresión que, a primera vista, nos ofrece la Instrucción 1/2020, conviene hacer dos precisiones: la primera es que estamos ante una norma llamada a regir únicamente la actuación de los fiscales y, por tanto, su vinculatoriedad no puede llevarse más allá. Así pues, que el fiscal se abstenga de instar el desalojo cautelar no impide que la entidad privada lo pida, si lo estima oportuno, como acusadora particular, ni que el juez acoja esa petición. En este aspecto el juez instructor no puede estar a expensas de lo que pida o deje de pedir el Ministerio Público ni está sujeto a las disposiciones internas de este, pese a la indudable autoridad moral que, *ad extra*, proyectan las instrucciones de la Fiscalía General del Estado.

Desde esta óptica, la decisión de la Fiscalía General de vincular el pedimento cautelar a la cualidad del sujeto pasivo del delito, concentrando sus esfuerzos de agilización procesal en víctimas de determinado perfil (personas físicas, organismos públicos y entidades sin ánimo de lucro), obedece a motivos que podrán compartirse o no, pero resultan razonables y legítimos. Podrá considerarse que ello responde a la demonización de los grandes tenedores inmobiliarios que se viene acometiendo desde determinados sectores políticos. Podrá también decirse que este trato desparejo supone discriminar a unos propietarios frente a otros e incluso puede provocar un «efecto llamada» o invitación a delinquir, edulcorando el significado del delito cuando la víctima es un banco. La ya citada Ley 5/2018 de reforma de la LEC ha merecido este tipo de críticas y cabe esperar que la Instrucción 1/2020, que se inspira en ella, concite juicios semejantes. Sin embargo, las cosas pueden mirarse de otro modo: es evidente que un particular y una entidad dedicada a la explotación empresarial del negocio inmobiliario no tienen las mismas bazas defensivas ni padecen iguales quebrantos en los casos de ocupación ilegal. Para el particular ese inmueble suele representar el grueso

de su acervo patrimonial y la pérdida de su posesión, así como de la facultad de decidir sobre su uso y destino, van a suponerle un gravísimo quebranto económico. La contratación de un abogado le supondrá una contingencia onerosa e imprevista y no hará sino ahondar la fractura patrimonial producida por el delito. Distinto es el caso de una entidad que acumula en su haber cientos de activos inmobiliarios y se encuentra *a priori* en mejores condiciones para encajar el impacto del delito, amén de tener internalizados los costes de litigación. Así las cosas, parece comprensible que la fiscalía ponga sus medios personales y materiales, que son limitados y financiados colectivamente por los ciudadanos, al servicio de las víctimas más necesitadas de protección. También lo es la decisión de no destinar esos recursos públicos insuficientes a entidades mercantiles provistas de capacidad organizativa y financiera, esto es, la decisión de no utilizar a los fiscales para interesar medidas cautelares que aquellas pueden solicitar por sí mismas a través de sus servicios jurídicos.

La segunda precisión se contiene en la propia Instrucción 1/2020, que flexibiliza las restricciones subjetivas que ella misma establece. Así, según la norma, podrá solicitarse el desalojo cautelar de la vivienda ocupada aun cuando el ofendido sea una persona jurídico-privada en un supuesto excepcional: que se aprecie la existencia de un «efectivo riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de la misma». Ciertamente, es difícil concebir una fórmula más plagada de conceptos jurídicos indeterminados, lo cual, dicho sea de paso, no se compadece con el que debiera ser el objetivo principal de una instrucción: fijar pautas de actuación concretas, precisar conceptos, no superponer nuevas capas de conceptos jurídicos indeterminados a los que ya contenía la ley. Así las cosas, resulta difícil vislumbrar en qué estaban pensando los redactores de la instrucción al aludir a ese «efectivo riesgo de quebranto relevante de bienes jurídicos»: ¿casos en que la entidad esté sufriendo una ocupación masiva o generalizada de su patrimonio inmobiliario? ¿Casos en que la ocupación tiene como telón de fondo la actuación de mafias o grupos organizados? ¿Casos en que el inmueble objeto del delito tenga un valor económico especialmente elevado, como un edificio, un palacete o un chalet de lujo? Dependerá del personalísimo criterio de cada fiscal, responsable de interpretar tan vaporosos términos y trasladarlos al caso concreto.

– *Limitación objetiva*: esta limitación va referida a la intensidad del ataque contra el bien jurídico protegido. A este respecto, la instrucción requiere que la ocupación lesione no solo el derecho a poseer, sino la tenencia material y concreta del bien. Ello supone descartar, al menos *a priori*, el desalojo cautelar cuando el objeto del delito sea una vivienda que no parezca gozar de un uso o expectativa de uso actuales, singularmente viviendas deshabitadas que no se encuentren en proceso de comercialización o reforma. En otras palabras: se excluyen las viviendas «en manos muertas» sobre las que el propietario se limita a ejercer una titularidad estática, sin aprovecharla, explotarla o dinamizarla de ningún modo y sin plan alguno para hacerlo en un futuro.

– *Limitación procedimental*: esta última limitación consiste en supeditar el desalojo cautelar a la previa audiencia del investigado, a fin de que este aporte el

título posesorio que eventualmente tuviera y ofrezca su versión de los hechos. Según la instrucción comentada, la adopción de la medida *inaudita parte* únicamente podrá tener lugar cuando el investigado desaproveche esta oportunidad de ser oído y desatienda el llamamiento formulado al efecto, esto es, en los casos de incomparecencia injustificada. La solución parece justa y respetuosa con el derecho de defensa pero, bien mirado, puede hacer que el desalojo sea bastante menos rápido de lo que se pretende. Pensemos en los casos en que el investigado, una vez citado para comparecer en la pieza de medidas cautelares, se muestre dispuesto a ello, pero no pueda costearse un abogado para articular su defensa. Cabe prever que será una situación habitual, dado el contexto de penuria económica en el que suelen enmarcarse estos delitos. Así las cosas, la solicitud y tramitación del expediente de justicia gratuita va a requerir un tiempo, aun cuando se designe provisionalmente a un abogado de oficio a expensas de la resolución definitiva, y ello comportará a menudo la suspensión de la audiencia inicialmente señalada para evitar la preclusión del trámite y consiguiente indefensión (art. 16.1 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita). Todo ello ralentizará la práctica del desalojo cautelar, que será cualquier cosa menos inmediato y fulminante por mucho que se anuncie así desde instancias gubernamentales.

## II. 3. IDONEIDAD DE LA VÍA PENAL PARA HACER FRENTE A LA OCUPACIÓN ILEGAL

Expuestos los distintos instrumentos que nuestro proceso penal ofrece frente a la ocupación incontestada de inmuebles, es momento de hacer balance y sopesar sus ventajas e inconvenientes.

En lo que respecta a las ventajas, hay una evidente, que es el reducido coste económico: el propietario solo tiene que presentar una denuncia y, comunicada de este modo la *notitia criminis*, la maquinaria institucional (Policía, Ministerio Fiscal, Juzgados) se encargará de lo necesario para sancionar el delito y restaurarle en la posesión perdida. En el caso concreto de la usurpación inmobiliaria, tengamos en cuenta que estamos ante un delito leve, pero público y por tanto perseguible de oficio. En el proceso a que da lugar, el denunciante queda dispensado de la necesidad de postulación. De hecho, ni siquiera precisa constituirse formalmente como parte, pues aunque no lo haga el Ministerio Fiscal se va a encargar de ejercitar tanto la acción penal como la acción civil *ex delicto*, concretada —en lo que ahora nos interesa— en el desalojo y restitución del inmueble. Todo ello representa un innegable atractivo desde el punto de vista del propietario desposeído y, en buena medida, explica su frecuente inclinación por la vía penal para el restablecimiento de su derecho. En términos comparativos, la vía civil le resultará bastante más onerosa, al ser obligado comparecer en esta a través de abogado y procurador y ser, cuando menos, remota la expectativa de recuperar su coste.

No obstante, la vía penal también presenta inconvenientes: por lo que hemos visto, el desalojo, a pesar de los pasos que se han dado en aras de una mayor agilidad, no se va a producir con la rapidez deseable. Esta vía, además, resulta

dudosamente eficaz desde el punto de vista político-criminal: la lenidad de la pena prevista en el art. 245.2 CP borra prácticamente cualquier atisbo de eficacia tanto represiva como disuasoria y alimenta una sensación general de impunidad, socialmente muy perniciosa. Además, la enorme distancia punitiva entre el delito de usurpación pacífica y otros delitos contra el patrimonio, con los que puede compartir fronteras muy poco nítidas, es una fuente de distorsiones. Así, el forzamiento de una cerradura con el propósito de ocupar un inmueble, y la misma acción encaminada a sustraer los objetos que hay en su interior, son conductas que externamente se asemejan. Si el autor es sorprendido en el momento de efectuar la entrada o escasos instantes tras su irrupción en el inmueble, y en ausencia de otros indicios suficientemente reveladores de su intención, nos enfrentamos a dos alternativas separadas por un abismo penológico: o calificamos el hecho de usurpación inmobiliaria, castigada con una simple multa, o lo calificamos como tentativa de robo con fuerza en las cosas, sancionado con prisión. Sin elementos que nos permitan fijar el escurridizo *animus* del infractor, y aplicando el principio *in dubio pro reo*, no cuesta mucho imaginar por cuál de estas opciones se inclinará el juzgador; tampoco el fuerte incentivo que tendrán muchos acusados —sorprendidos en los estadios iniciales de delitos más graves— de fingir ánimo usurpador para obtener un trato más benigno.

Finalmente, la vía penal puede tener un resultado incierto y arribar a absoluciones inesperadas, por ejemplo si el juez no considera acreditada una vocación de permanencia o perdurabilidad por parte del ocupante; o si descarta la tipicidad del hecho por hallarse el inmueble en estado de abandono o desuso; o si, a su juicio, no consta de un modo claro la voluntad opuesta a la ocupación; o si, invocando el principio de subsidiariedad, entiende que el hecho no reviste gravedad suficiente para justificar la intervención del Derecho Penal. Cuando esto suceda, el proceso penal solo habrá servido para perder el tiempo y al propietario no le quedará más remedio que acudir a la vía civil, añadiendo así un capítulo más a su crónica de peregrinaje jurisdiccional. El sobreseimiento o absolución penales pueden dar lugar, además, a verdaderos absurdos jurídicos si en el curso del procedimiento se ha llevado a cabo el desalojo cautelar. Como ya hemos dicho, este no hace sino adelantar en el tiempo la efectividad del pronunciamiento sobre la responsabilidad civil *ex delicto* de la futura, y eventual, sentencia condenatoria. Si esta no se produce, de modo que lo acordado en sede cautelar no se ve confirmado en la sentencia definitiva, la conclusión parece evidente: la medida cautelar debe alzarse o, lo que es lo mismo, habrá que reponer en su posesión al ocupante desalojado. Si esto nos parece indignante y gravemente disfuncional —porque lo es—, nuestro malestar seguramente se acrecentará ante la posibilidad añadida y, al menos, teórica de ese ocupante de reclamar los daños padecidos a resultas del desalojo cautelar (art. 745 LEC).

### III. REMEDIOS EN LA VÍA CIVIL

En la vía civil, a la que el titular de la vivienda ocupada podrá acudir ya sea directamente o una vez seguida de forma infructuosa la vía penal, encontramos un abanico de cauces procesales genéricamente agrupados bajo el *nomen iuris* de la tutela posesoria. Dentro de estos, hay que referirse por una parte a los mecanismos generales o «clásicos» de tutela de la posesión y, por otra, al proceso especial sumario (en realidad, un juicio verbal con especialidades) introducido *ad hoc* en 2018 para los casos de ocupación ilegal de viviendas.

#### III. 1. MECANISMOS GENERALES DE TUTELA DE LA POSESIÓN

##### *III. 1. A. Proceso para la tutela sumaria de la tenencia o posesión (interdictos posesorios)*

La primera forma de tutela que cabe utilizar frente a la ocupación inconstituida de inmuebles son los tradicionales interdictos de retener o recobrar la posesión, que la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba como procesos especiales. La LEC de 2000 los recondujo al cauce general del juicio verbal (art. 250.1.4º), con unas pocas especialidades. Por otra parte, el legislador prescindió del término «interdicto», de larga tradición en nuestro Derecho, y lo sustituyó por una fórmula más descriptiva: «tutela sumaria de la tenencia o la posesión de una cosa o de un derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute». A pesar de ello, doctrina y jurisprudencia siguen utilizando la antigua denominación de «interdicto de retener o recobrar la posesión» para designar a estas acciones.

La razón de ser de la protección interdictal es el mantenimiento de la paz social. Se trata de evitar que los particulares recurran a la autotutela para imponer los derechos que crean tener sobre la cosa: si así lo hacen y perturban al poseedor en el goce del bien, este podrá entablar el oportuno interdicto para preservar el *statu quo* posesorio, es decir, para mantener o recuperar la posesión perturbada.

El interdicto de retener o recobrar va dirigido a proteger la posesión, no el derecho que justifica esa posesión. Se protege la posesión como hecho, como mera situación fáctica de poder sobre una cosa, con independencia de que se tenga o no un derecho a poseer (propiedad, usufructo, etc.). Por ello se configura como un proceso sumario, finalizado con sentencia desprovista de efectos de cosa juzgada (art. 447.2 LEC): las alegaciones y pruebas de las partes y la cognición judicial se ciñen a dos aspectos, que son la posesión del actor y la perturbación o despojo que este ha padecido. La propiedad u otros derechos que las partes puedan tener sobre la cosa quedan al margen, no son objeto del interdicto, y podrán ser discutidos en un ulterior proceso plenario. La tutela que se obtiene a través de los interdictos es provisional o interina, en el sentido de que pretende mantener la situación posesoria existente hasta que, en un eventual

proceso posterior, se establezca con carácter definitivo a quién pertenece la cosa o quién tiene derecho a poseerla.

Como he adelantado, este tipo de pretensiones se sustancia siempre por los trámites del juicio verbal (art. 250.1.4º LEC) y únicamente presenta una especialidad, que es la prevista en el art. 439.1. Este precepto establece un requisito específico para la admisibilidad de la demanda interdictal, en cuya virtud no se admitirá la demanda que se interponga una vez transcurrido un año desde el acto de la perturbación o el despojo. Este precepto debe coordinarse con el art. 460.4º CC, que entre las causas de pérdida de la posesión incluye la posesión por otra persona, si esta hubiese durado más de un año. Doctrina y jurisprudencia vienen entendiendo que se trata de un plazo de caducidad, no de prescripción, con las consecuencias que de ello se derivan (apreciación de oficio e imposibilidad de interrupción). Pasado este plazo, el poseedor inquietado ya no podrá utilizar los interdictos y solo podrá hacer valer su derecho en el correspondiente proceso plenario (por ejemplo, a través de la acción reivindicatoria).

Para interponer el interdicto está legitimado todo poseedor, sea natural o civil, sea en concepto de dueño o en concepto distinto (como usufructuario, titular de una servidumbre, arrendatario, etc.). En los supuestos de posesión dividida, tanto el poseedor mediato como el inmediato están legitimados para solicitar la tutela interdictal frente a terceros. En los supuestos de coposesión, no hay duda de que cualquiera de los coposeedores puede entablar por sí solo, sin necesidad de contar con los demás, acciones interdictales en beneficio de la comunidad.

### *III. 1. B. Proceso para la tutela sumaria de derechos reales inscritos (interdicto registral)*

El que algunos autores han denominado «interdicto registral», que se hallaba originariamente regulado en los arts. 41 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) y 138 del Reglamento Hipotecario, fue posteriormente llevado a la LEC de 2000, que lo transformó en un juicio verbal con especialidades (art. 250.1.7º LEC). Su fundamento reside en la presunción de exactitud registral contenida en el art. 38 LH, que presume la existencia o veracidad de los derechos reflejados en el Registro de la Propiedad. Y su finalidad consiste en poner al titular registral en posesión de la finca con base en aquella presunción, amparándole frente a la oposición o perturbación de quienes carecen de título inscrito.

En cuanto a las especialidades de este proceso, las primeras afectan a la demanda. En ella el actor debe expresar las medidas necesarias (medidas cautelares) para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere, medidas que el tribunal, si las estima justificadas, acordará tan pronto admita a trámite la demanda (art. 441.3 LEC). Asimismo, el titular registral ha de señalar la caución que ha de prestar el demandado en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos percibidos indebidamente, de los daños y perjuicios y las costas procesales. A lo anterior ha de añadirse la necesidad de aportar certificación literal del

Registro de la Propiedad en la que conste la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al actor, bajo pena de inadmisión de la demanda.

Además, este proceso presenta otras especialidades consistentes en el trato, especialmente severo, que se dispensa al demandado, consecuencia de la fuerza legitimadora que dimana del Registro de la Propiedad. Así, su incomparecencia equivale a un allanamiento tácito, abocando sin más trámites al dictado de sentencia estimatoria. La misma consecuencia se produce si el demandado no presta la caución que, tras oírle, determine el juez, dentro de la cuantía solicitada por el actor: sin caución, el demandado no puede ni siquiera oponerse a las pretensiones deducidas y la sentencia será necesariamente favorable a estas. Por otra parte, aun en el caso de que el demandado preste la caución fijada y comparezca, sus posibles alegaciones se encuentran fuertemente restringidas: únicamente podrá basar su oposición en los motivos que, de forma tasada, enumera el art. 444.2 LEC (falsedad u omisiones relevantes de la certificación registral, existencia de un justo título que autorice al demandado para poseer el inmueble, que la finca o derecho se encuentre inscrita a su favor en el Registro y falta de identidad entre la finca que aparece inscrita a nombre del actor y la poseída por el demandado). Se trata, pues, de un proceso sumario, que no impedirá a quienes fueron partes en él desplegar en un proceso plenario posterior todas la defensas que tuvieron vedadas en el interdicto.

El proceso para la tutela de derechos reales inscritos, a decir verdad, puede resultar de gran utilidad y contundencia como herramienta de restauración posesoria. Si bien no se señala expresamente, las medidas cautelares que el titular registral ha de solicitar en la demanda —y han de adoptarse tan pronto se admita esta— podrían incorporar sin problemas la petición de desalojo cautelar. Tengamos en cuenta que nuestra LEC acoge un sistema de *numerus apertus* en el ámbito de la tutela cautelar que da cabida, además de a las medidas expresamente previstas en el art. 727 LEC, a otras medidas atípicas o innominadas que sirvan para garantizar la efectividad de la sentencia. Esas medidas no solo pueden ser conservativas, sino también anticipatorias y consistir, como dice el art. 726 LEC, «en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte». Esta fórmula puede dar cobijo, claramente y sin malabarismos interpretativos, a un desalojo cautelar. Este, si el juez lo estima procedente, habría de acordarse de forma inmediata tras la admisión de la demanda, quedando pendiente su efectividad de lo que a continuación haga el ocupante demandado: si no comparece, será desalojado; si comparece pero se opone por causas distintas de las legalmente tasadas, será desalojado; si no presta la caución que se haya fijado, es indiferente que se oponga o no, porque la previa constitución de esa caución es condición imprescindible para admitirle cualquier alegación o defensa. En tal caso, por tanto, también será desalojado, si bien sería razonable que el importe de la caución se moderase en atención a la capacidad económica, presumiblemente reducida, del ocupante demandado.

Por las razones que acaban de exponerse, el interdicto registral, si su regulación se interpreta adecuadamente, puede ser un instrumento muy eficaz para

restablecer los derechos posesorios afectados por la ocupación, y posee un potencial que el legislador debiera haber aprovechado en mayor medida. El problema vendrá dado, sobre todo, por el silencio legal en torno a la posibilidad de pedir en la demanda iniciadora de este proceso el desalojo inmediato como medida cautelar anticipatoria. Ello genera un marco de incertidumbre que, previsiblemente, provocará la reticencia del juez ante solicitudes de este tipo. Por otra parte, la legitimación para instar este proceso sumario queda acotada a los titulares de derechos reales inscritos. Por ello, no van a poder utilizar este cauce ni beneficiarse de sus ventajas un buen número de poseedores legítimos cuyos derechos no gozan o no suelen acogerse a la publicidad registral, señaladamente los arrendatarios que se hayan visto injustamente desposeídos por ocupantes sin título.

### *III. 1. C. Desahucio por precario*

Las pretensiones de recuperación de las fincas cedidas en precario se tramitan por los cauces del juicio verbal por razón de la materia (art. 250.1.2º LEC). Según viene entendiendo la jurisprudencia, el precario consiste en una situación de hecho que implica la posesión gratuita de un bien, sin título que la justifique, bien porque nunca se ha tenido este, bien porque ya se ha perdido. Es, por tanto, una situación de mero hecho que responde a la liberalidad, condescendencia o tolerancia del dueño, usufructuario o cualquier persona con derecho a poseer la finca. Y, puesto que esa posesión depende del mero favor o complacencia del propietario, este puede revocar o poner fin a esa posesión a su voluntad, en cualquier momento. Esta circunstancia, precisamente, ha suscitado dudas acerca de la aplicabilidad del concepto de «precario» a los casos de ocupación: si la posesión del precarista tiene, al menos, un frágil «barniz» legitimador, consistente en la inicial tolerancia del dueño, tal condición no concurriría en el caso de los «okupas» que se introducen en el inmueble clandestinamente, sin conocimiento ni autorización del titular, y cuya posesión no es ni ha sido tolerada en ningún momento. Esta interpretación restringida del concepto de precario impediría tutelar a través de este cauce a los dueños o poseedores víctimas de una ocupación ilegal, lo que puede resultar problemático si ha transcurrido ya el plazo de un año señalado para las acciones interdictales.

Sí que resulta pacífico, empero, uno de los rasgos esenciales del precario, como es la gratuidad. Por ello, si queda probado el pago de renta o merced por parte del poseedor, la acción de desahucio no puede prosperar. Ha de tratarse propiamente de renta, es decir, de una contraprestación por el uso que se hace del inmueble: por tanto, no puede calificarse como renta el pago del IBI, recibos de luz, gas, agua, etc. o los gastos de conservación y reparación del mobiliario, ya que no son retribución del uso, sino que el poseedor los realiza por su propia conveniencia y utilidad. Estos son aspectos que conviene tener especialmente en cuenta en el caso de la ocupación ilegal: es posible

que, en su contestación, el ocupante invoque un hipotético derecho a mantenerse en el inmueble basado en el estado de desuso o deterioro en que lo encontró y la incuria del propietario en este sentido, así como en los trabajos, desembolsos y demás atenciones que él mismo ha dedicado para acondicionarlo y hacerlo más habitable.

En lo que atañe al procedimiento, actualmente el desahucio por precario se configura como un juicio verbal común, sin ninguna especialidad. Se han suprimido las especialidades que este proceso tenía en la antigua ley procesal: anteriormente era necesario requerir al precarista con un mes de antelación para que desocupara la finca, requisito que ha desaparecido en la regulación actual. Asimismo, en la Ley de 1881 el desahucio por precario era un proceso sumario, es decir, con limitaciones en las posibilidades de alegación y prueba. En cambio, la LEC de 2000 lo transformó en un proceso plenario. Las razones de este cambio aparecen en exposición de motivos de esta norma, apartado XII, párrafo final, que alude a «*la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas*» que acarreaba la sumariedad. En efecto, antes bastaba que el demandado en este juicio aportase un indicio, por mínimo que fuese, de que había un título o relación jurídica que podía justificar su posesión, para que el tribunal desestimara la acción de desahucio y remitiera a las partes a un declarativo posterior. Bastaba con sembrar una duda razonable, la mera probabilidad de que el demandado ostentase un derecho a poseer. El tribunal no podía analizar la validez, eficacia y suficiencia del título posesorio invocado por el demandado, porque se entendía que esta era una «cuestión compleja» que excedía del estrecho marco del desahucio por precario. Ahora, en cambio, la tutela es plenaria: nada impedirá al tribunal adentrarse en el examen del título que el demandado invoque y determinar si, efectivamente, posee virtualidad suficiente para justificar su permanencia en el inmueble.

### III. 2. EL «MECANISMO DE RECUPERACIÓN INMEDIATA» DE VIVIENDAS ILEGALMENTE OCUPADAS: LA LEY 5/2018, DE 11 DE JUNIO

#### III. 2. A. *Notas preliminares*

El repertorio de procedimientos que acaban de exponerse presenta un problema común, que es la lentitud de su tramitación y la lejanía temporal de una sentencia que puede tardar meses en llegar y, finalmente, ejecutarse. Desde que recibe la notificación de la demanda, el ocupante ilegal sabe que el tiempo juega a su favor y que cuenta con la sobrecarga judicial y las demoras procesales como fieles aliadas: le queda aún mucho margen para seguir viviendo gratuitamente en el inmueble, a expensas del propietario, e incluso para adelantarse al tribunal y ocupar una nueva vivienda antes de que lo desalojen de la antigua, reiniciando otra vez el ciclo.

Sabedor de la insuficiencia de esos remedios para procurar una respuesta rápida y eficaz a la ocupación ilegal de viviendas, especialmente ante la desbordante magnitud que está alcanzando el fenómeno, el legislador decidió diseñar una herramienta específica, de ritmo procesal más acelerado, que permitiera agilizar la expulsión del ocupante. Fruto de ese empeño fue la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la LEC. Del clima de crispación política y social en el que esta reforma se gestó da fe el recurso de inconstitucionalidad del que fue objeto, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y fundado en presuntas vulneraciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio, a la tutela judicial efectiva y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Dicho recurso fue desestimado por la STC 32/2019, de 28 de febrero, que declaró la plena conformidad con la Constitución de la norma cuestionada.

Si bien, en su exposición de motivos, la Ley 5/2018 nos presenta el nuevo cauce como una «actualización» del tradicional interdicto de recobro —de hecho figura como acompañante de este en el mismo precepto, art. 250.1.4º LEC, incorporándose en su párrafo 2.º—, la fisonomía de uno y otro son muy diversas. En tanto que el clásico interdicto de recobro va dirigido —como dijimos— a proteger la posesión como mero hecho, el que ahora analizamos tutela el derecho a poseer. Así se desprende de varios preceptos: del art. 437.3.bis LEC, en cuya virtud debe acompañarse a la demanda el título en el que el actor funde su derecho a poseer; del art. 441.1.bis, párrafo 2.º, que condiciona la inmediata entrega del inmueble a que dicho título se reputa suficiente para acreditar el *ius possidendi*; y del art. 444.1.bis, que permite al demandado fundar su oposición en la falta de título posesorio del actor. Parece claro, por tanto, que se necesita algo más que la simple posesión para utilizar el nuevo cauce: la aportación de un justo título que la respalde. El legislador no quiere que este mecanismo se utilice para solventar disputas entre «okupas».

### *III. 2. B. Los beneficiarios del nuevo procedimiento: justicia de dos velocidades según la calidad del propietario*

La primera especialidad del procedimiento *ad hoc* frente a la ocupación ilegal se refiere a su ámbito subjetivo: únicamente pueden utilizarlo los propietarios o poseedores legítimos que sean personas físicas, entidades sin ánimo de lucro o entidades públicas titulares de vivienda social. Quedan fuera las personas jurídico-privadas: los denominados «grandes tenedores» no pueden utilizar este procedimiento ni gozar de sus ventajas, en especial del «incidente de inmediata entrega de la posesión» al que después nos referiremos, y habrán de encauzar sus pretensiones a través de las modalidades generales de tutela posesoria. De ahí que podamos hablar de una justicia de dos velocidades, en la que los mecanismos aceleradores incorporados por la Ley 5/2018 se reservan a propietarios de cierto perfil: no los propietarios que más sufren la problemática de la ocupación en términos cuantitativos, pero sí, probablemente, los que más pueden sufrirla en términos cualitativos.

La razón de este trato dispar radica, al parecer, en la evaluación que el legislador hace de los perjuicios derivados de la ocupación en función del propietario que la sufre: cabe suponer que para una persona física el perjuicio que comporta la pérdida de un inmueble será normalmente mayor y, asimismo, va a experimentar más dificultades para soportar el proceso y sus costes durante un tiempo prolongado. Si lo ocupado es un inmueble que una entidad no lucrativa o un organismo público habían destinado a vivienda social, el perjuicio se acrecienta aún más, pues se está privando de un bien escaso a las personas que realmente lo necesitan y socavando los planes públicos para proteger a los más vulnerables. Estas circunstancias especiales no concurren en el caso de las entidades privadas como bancos, fondos de inversión y sociedades inmobiliarias, sobre todo si la vivienda llevaba tiempo deshabitada y no había ningún plan para su uso o explotación próximos.

Aunque, desde este punto de vista, pueda parecer legítima una «discriminación procesal» ligada al tipo de propietario, no puede dejar de advertirse la peculiar pedagogía social que transmite este diseño: de algún modo, el público percibe que hay una ocupación «mala», que hay que combatir con energía y sin escatimar recursos, y una ocupación «buena» de la que el reformador se desentiende, que puede acometerse sin temer consecuencias demasiado severas. Si se quiere fomentar una cultura de respeto a la propiedad y a las leyes que la protegen, no parece que este sea el camino adecuado.

Por otra parte, no es ocioso resaltar la incoherencia de este planteamiento si se lo compara con el desahucio arrendaticio por impago de la renta: en él, si el inquilino no atiende el requerimiento de pago efectuado tras la admisión de la demanda ni comparece para oponerse, se acuerda el desahucio sin más trámites y se procede a su inmediato lanzamiento. La respuesta procesal en este caso es fulminante y no se hace depender de la condición del arrendador, que es indiferente. Por eso, llama la atención que una entidad privada tenga más facilidad para expulsar a un arrendatario que a un ocupante ilegal: este, sin tener título alguno, va a poder permanecer más tiempo en el inmueble que un inquilino incurso en mora.

Finalmente, el restringido ámbito subjetivo del nuevo cauce procesal resulta criticable porque parte de generalizaciones de trazo grueso y prescinde de la variada casuística que puede producirse. Cuando la Ley 5/2018 limita el mecanismo de recuperación de viviendas ilegalmente ocupadas a ciertos sujetos, excluyendo en bloque a todos los propietarios que sean personas jurídico-privadas, parece ligar este concepto a los grandes tenedores de inmuebles, muchos de ellos vacíos durante largo tiempo y sin perspectivas de uso a corto-medio plazo. Podemos convenir en que, en estos casos en los que se lesiona el derecho a poseer en abstracto, pero no la tenencia concreta y efectiva de ninguna persona, no se da un perjuicio de suficiente calibre como para hacer precisa una tutela urgente.

Este enfoque, sin embargo, resulta reduccionista: puede suceder que el caso concreto no responda a esa imagen preconcebida y que esa entidad privada sí

tuviera algún plan de actuación con respecto a la vivienda. Por ejemplo, puede que esta hubiera sido anunciada para su venta e incluso hubiera sido ya visitada por potenciales compradores, alguno de los cuales ha podido entregar ya alguna cantidad en concepto de arras o señal para asegurar su preferencia; o puede que la entidad proyectara alquilar esa vivienda, ya sea por vez primera o tras la finalización de un arrendamiento anterior, aprovechando el ocupante ese ínterin para asentarse en ella ilegalmente. Si privamos a esa entidad privada de la posibilidad de recuperar rápidamente la posesión —que es lo que hace la Ley 5/2018—, obligándola a acudir a un interdicto de recobro «a la vieja usanza» o a un desahucio por precario que pueden eternizarse en el tiempo, ello retrasará inevitablemente el reingreso de esa vivienda en el mercado inmobiliario, con la incidencia que ello puede tener —por la menor oferta disponible— en los precios de venta y alquiler.

Pero la casuística no acaba ahí. La persona jurídico-privada no tiene por qué ser una entidad financiera, un fondo de inversión o una promotora inmobiliaria: un «gran tenedor», en definitiva. Puede ser también una pequeña empresa, titular de un local de negocio que ha tenido que cerrar temporalmente por la crisis sanitaria y la consiguiente paralización de la actividad económica. Supongamos que ulteriormente esa PYME decide retomar su actividad y, al acceder al local, descubre que este ha sido ocupado. Esta pequeña empresa tampoco va a poder beneficiarse de la tutela posesoria acelerada que habilita la Ley 5/2018, quedando a merced de las largas esperas propias de los procedimientos judiciales comunes: no es solo que las personas jurídico-privadas no puedan servirse del nuevo cauce, sino que este solo se aplica cuando lo ocupado sea una vivienda, no un local de negocio. Entretanto esa empresa va a quedar imposibilitada para reincorporarse al circuito económico, tal vez excluida de él definitivamente, con el coste que ello supone en términos de generación de riqueza, destrucción de empleo, pérdida de ingresos fiscales y mayor gasto público en concepto de subsidios y prestaciones.

En definitiva, las situaciones pueden ser muy variopintas y, por ello, lo razonable hubiera sido dar un margen de flexibilidad al juez, es decir: que, en los casos en que la propietaria fuera una persona jurídico-privada, esta pudiera utilizar *a priori* el cauce especial para la recuperación de viviendas ilegalmente ocupadas, quedando a la discrecionalidad del juez la adecuación de esta vía tras ponderar las circunstancias del caso concreto.

### III. 2. C. Solución al problema de los demandados fantasmagóricos

Acotado de este modo el círculo de legitimados activos, la siguiente especialidad atañe a uno de los principales problemas que venían planteando las acciones civiles dirigidas contra «okupas», que no es otro que el desconocimiento de su identidad y la imposibilidad de saber contra quién dirigir la demanda. Ello suponía un evidente obstáculo para la incoación e impulso del proceso, de modo que este no quedara trabado en sus trámites iniciales, dada la exigencia legal de

concretar en la demanda los datos y circunstancias de identificación del actor y el demandado (art. 437.1 en relación con el art. 399.1 LEC). La Ley 5/2018 resuelve el problema de modo pragmático, introduciendo una norma flexibilizadora: si no es posible individualizar al o los demandados, la demanda de recuperación de la vivienda podrá dirigirse genéricamente contra «los ignorados ocupantes» que se encuentren habitando en ella, sin requerir más datos ni precisiones (art. 437.3.bis LEC). No siéndole posible al actor efectuar su identificación en la demanda, esta se llevará a cabo en el propio acto de notificación por el personal del juzgado o del correspondiente servicio común, que a estos efectos podrá hacerse acompañar de los agentes de la autoridad (art. 441.1.bis de la LEC). Puesto que la ley no precisa nada al respecto, y aunque sea dudoso, parece que el procurador del demandante también puede pedir y obtener ese acompañamiento policial en el caso de que sea él, y no los funcionarios judiciales, quien asuma la práctica de la notificación (art. 152.1.2º LEC).

La posible intervención de la fuerza pública en la diligencia de notificación constituye una novedad cuyo alcance habría que precisar. No hay que olvidar que estamos en un proceso civil y, por tanto, parece que esa intervención no puede ser tan incisiva como en una causa penal por usurpación. En esta los agentes tienen el deber de practicar las primeras diligencias de prevención, diligencias que incluyen acudir de inmediato al lugar de los hechos, tomar los datos personales de cuantos allí se encuentren e identificar a los sospechosos (art. 282 LECrim). En la misma línea abunda la LOPSC, que enmarca aquel deber en las funciones policiales de indagación y prevención delictiva (art. 16.1 de la citada norma). Si la identificación no es posible o el requerido se niega a facilitarla, los agentes pueden conducirlo a comisaría y retenerlo por el tiempo imprescindible para llevarla a cabo, que en ningún caso podrá exceder de seis horas (art. 16.2 LOPSC). En último término, la resistencia o negativa a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación abre las puertas a las correspondientes sanciones penales por delito de desobediencia (art. 16.5 LOPSC en relación con 556 CP).

Este régimen, aplicable como decimos en sede penal, difícilmente puede trasladarse al ámbito civil de las acciones posesorias. Entiendo que aquí la posible presencia de la Policía en la práctica de la notificación tiene otro sentido, orientado más bien a garantizar la seguridad personal de los funcionarios judiciales si se prevé una respuesta hostil o incluso agresiva por parte de los ocupantes. Si estos se niegan a abrir la puerta, a identificarse o a recoger la cédula de emplazamiento, los agentes policiales no deberían ir más allá (distinto será después, cuando haya que efectuar el lanzamiento en ejecución del auto de entrega inmediata o sentencia condenatoria). Bastará en tal caso con aplicar lo dispuesto en el art. 161.2 LEC: la notificación se tendrá por válidamente realizada y surtirá plenos efectos, haciéndole saber al destinatario que queda a su disposición en la oficina judicial. Ello debería hacer innecesaria la comunicación por edictos, que poco o nada aporta a quien ya sabe o podido saber de la demanda contra él interpuesta, si bien puede ser conveniente a modo de cautela frente a eventuales incidentes de nulidad u otras tentativas de torpedear el procedimiento.

III. 2. D. *La joya de la corona del procedimiento contra la ocupación ilegal: el incidente de entrega inmediata de la posesión*

La demanda para el recobro de la vivienda ilegalmente ocupada da lugar a un juicio verbal, que se sustancia por los trámites propios de este tipo procedimental. Sin embargo, a este juicio verbal puede «acoplarse» un incidente, concebido a modo de carril de aceleración para abreviar el tránsito hacia la recuperación posesoria: en la demanda —entendemos que en forma de petición accesoria, mediante otrosí— el actor puede solicitar la inmediata entrega de la posesión de la vivienda. En tal caso, en el propio decreto de admisión de la demanda, el letrado de la Administración de Justicia requerirá a los ocupantes para que en el plazo de cinco días desde su notificación presenten el título que justifique su situación posesoria, si es que lo tienen. Si en ese plazo no se aporta título, o se aporta pero el juez no lo considera suficiente, este dictará un auto en el que acordará la inmediata entrega de la posesión al demandante. Dicho auto es irrecurrible y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encuentren en ese momento en la vivienda: en otros términos, tanto da si son quienes recibieron la notificación como otros que posteriormente, y pendiente el proceso, se hayan sumado a la ocupación ilegal. Claramente, se quiere evitar un encadenamiento *ad aeternum* de trámites de audiencia con ocupantes sobrevenidos, para que el goteo de ocupaciones no lastre la celeridad del procedimiento.

Lógicamente, la posibilidad de esa «entrega inmediata» no depende solo del voluntarismo legislativo plasmado en las páginas del BOE, sino de la existencia de medios personales y materiales suficientes en la Administración de Justicia: si se tarda dos, tres o más semanas en admitir y dar curso a la demanda, lo que puede suceder en partidos judiciales con grandes masas de litigiosidad, de poco sirve que el legislador prometa al propietario que en cinco días va a recuperar la posesión. Por otra parte, este incidente de entrega inmediata suscita dudas que evidencian cierto apresuramiento en su diseño. No resulta claro, en primer lugar, si a la hora de atender el requerimiento y presentar el título que justifique su posesión, el demandado precisa hacerlo asistido por abogado y procurador. Si la respuesta es afirmativa, ello puede desencadenar otras consecuencias en el caso —cabe suponer que frecuente— de que el demandado no pueda costearse su defensa y se acoja al beneficio de justicia gratuita: habrá que suspender entonces el plazo de cinco días indicado en el requerimiento hasta que se le provea de abogado y procurador de oficio, dadas las duras consecuencias anudadas a la preclusión de este trámite. Si así se hace, empero, salta a la vista lo fácil que resulta dinamitar la agilidad pretendida, haciendo que la entrega de la posesión sea cualquier cosa menos «inmediata». Esto es lo que ha llevado a diversos autores —en el plano académico— y a algunas juntas de jueces —en la praxis forense— a considerar que la presentación del título posesorio en el plazo de cinco días no está sujeta a requisito alguno de postulación y el demandado puede realizarla por sí, sin que la solicitud de justicia gratuita obligue, por tanto, a suspender dicho plazo (sí, en cambio, el plazo de diez días para contestar a la demanda del juicio verbal).

Tampoco está claro, en segundo lugar, cuál es la suerte que ha de correr el proceso principal en el caso de que el incidente insertado en él prospere: una vez transcurrido el plazo de cinco días señalado en el requerimiento sin que el demandado haya presentado un título suficiente, y dictado por el juez el auto en el que ordena la entrega inmediata del inmueble, ¿el juicio verbal prosigue su andadura, dándose paso a la contestación, vista si resulta procedente y sentencia? ¿O bien ese juicio se da por finalizado, pudiéndose considerar como un caso de terminación anticipada del procedimiento? La lógica parece sugerir lo segundo, pues parece superfluo mantener vivo un proceso cuando el actor ya ha conseguido lo que pretendía, más aún teniendo en cuenta que no hay cosa juzgada y el demandado puede esgrimir los derechos que le asistan en un pleito posterior. Tenemos, además, el ejemplo del desahucio arrendaticio, en el que si el demandado no atiende el requerimiento de pago o no comparece para oponerse se dicta un decreto dando por finalizado el proceso y ordenando el lanzamiento. Parece que en el interdicto contra ocupantes ilegales debiera aplicarse la misma técnica monitoria, y en este sentido se pronuncian algunas juntas de jueces, si bien hubiera sido deseable que la ley aclarase este extremo en vez de dejarlo a la libre interpretación de los operadores jurídicos.

En cualquier caso, y más allá de las dudas que genera, fácilmente se advierte que este incidente de entrega inmediata constituye la clave de bóveda del procedimiento «anti-okupas» y sobre él descansa la apuesta agilizadora de la Ley 5/2018. Es también, por ello, su punto más vulnerable: si el ocupante logra presentar un título que *aparentemente* pueda justificar su posesión y suscite una duda razonable en el juez —no se precisa una certeza plena—, se perderá la rapidez buscada.

Así pues, la presentación tempestiva de un título que, *a priori*, resulte verosímil u ofrezca una apariencia de legitimidad jurídica permitirá al demandado «bloquear» el incidente y evitar su desalojo inmediato. En este momento inicial no cabe acometer análisis más complejos o minuciosos de la consistencia del título, ya que la decisión ha de tomarse sin previa audiencia de las partes y, por tanto, sin la base que proporcionaría el debate contradictorio entre estas: basta, por ello, que el juez aprecie en el título aportado por el ocupante un fundamento *probable* de su posesión, sin prejuzgar la efectiva existencia de su derecho a poseer y sin perjuicio de la discusión más amplia a que se someterá en trámites ulteriores del proceso. Este es precisamente uno de los obstáculos que está encontrando el incidente de entrega inmediata y que, en buena medida, puede truncar su efectividad práctica: la presentación de *títulos falsos* que desactivan el mecanismo recuperatorio, al que —como se dijo— va indisolublemente unida la eficiencia que el legislador promete. Títulos falsos proporcionados a menudo por las mafias que están proliferando en el campo de la ocupación ilegal. Obviamente, si se trata de falsificaciones burdas apreciables *ictu oculi* el juez ha de acordar el desalojo inmediato, pero si no es así, y el título tiene una apariencia de validez susceptible de generar dudas, el juez ha de

desestimar el incidente y proseguir con el juicio posesorio para esclarecer la situación.

Rechazada la solicitud de entrega inmediata —o en el raro caso de que el actor no la haya pedido en la demanda—, el juicio verbal proseguirá por sus trámites normales, con contestación en el plazo de diez días desde la notificación de la demanda, vista si alguna de las partes la pide o el juez estima procedente su celebración y, finalmente, sentencia que se pronunciará sobre los derechos posesorios controvertidos y condenará —o no— al desalojo de la vivienda. Esta sentencia, a diferencia del auto de entrega inmediata, se sujeta al régimen general de recursos y por tanto es apelable ante la Audiencia Provincial (art. 455.1 LEC). El recurso que interponga el ocupante condenado en primera instancia añadirá, inevitablemente, un nuevo rosario de dilaciones a las ya padecidas hasta el momento. No obstante, el propietario o poseedor legítimo no tiene por qué esperar a que el asunto complete su camino en la segunda instancia para recuperar la posesión: puede instar la ejecución provisional de la condena a entregar el bien, de conformidad con el art. 525 LEC.

El *iter* de este juicio verbal experimenta algunas especialidades. Así, la falta de contestación del demandado —conducta que se antoja poco probable teniendo en cuenta que ya aportó un título en el brevísimo plazo que se le concedió para ello, evidenciando su voluntad de defenderse— supone el «salto» inmediato a la sentencia (art. 444.1.bis LEC). Observamos aquí una defectuosa técnica legislativa que oscurece la inteligencia del precepto: tal y como está redactado, lo que se presenta como especialidad no parece tal. En el juicio verbal común no hay vista si ninguna de las partes la pide, pasándose sin más trámites a dictar sentencia, que es precisamente lo que sucede en este supuesto: el demandado no ha pedido vista porque tendría que haberlo hecho en un acto procesal —la contestación— que no ha llevado a cabo (art. 438.4 LEC); el actor, por su parte, debe pronunciarse sobre la pertinencia de celebrar la vista dentro de los tres días siguientes al traslado del escrito de contestación (o a la expiración del plazo para contestar, debemos entender), algo que dudosamente va a hacer en el caso analizado teniendo en cuenta que el señalamiento de la vista va a alargar aún más el procedimiento, que la prueba fundamental de su derecho es la documental que ya obra en los autos y que el demandado permanece pasivo. Desde esta perspectiva, el art. 444.1.bis LEC no parece contener ninguna especialidad con respecto al régimen general del juicio verbal, salvo que entendamos que esa sentencia que —verificada la falta de contestación— ha de producirse sin solución de continuidad debe ser necesariamente estimatoria y condenar a la entrega del bien. Se trataría de una suerte de allanamiento tácito, de un modo análogo a lo que sucede con el desahucio por falta de pago (art. 440.4 LEC). El problema es que esto el art. 444.1.bis LEC no lo dice —dice solo que «se procederá de inmediato a dictar sentencia», sin especificar su signo— y, por otra parte, no se cohonesto con un dato importante: el demandado —recordemos— ha presentado un título aparentemente justificativo de su posesión en el plazo de cinco días que se le señaló al requerirle para tal fin, y parece un tanto discutible que el juez deba

ignorar sin más ese título —por mucho que no haya habido contestación— y estimar automáticamente la demanda.

Hay otra especialidad que afecta a la contestación —esta vez, dotada de sentido—, consistente en la limitación de los motivos por los que puede oponerse el demandado: únicamente se le permite alegar la existencia de título suficiente para poseer la vivienda o la falta de título del actor. En buena lógica, sin embargo, deberían aceptarse otras posibles defensas, como la caducidad de la acción por haber transcurrido ya el plazo de un año desde la perturbación o el despojo o la falta de presupuestos procesales. Por otra parte, no se mencionan las consecuencias que acarreará la alegación de motivos distintos de los tasados, concretamente si esta comportará la inadmisión de la contestación o simplemente la desestimación de tales excepciones en la sentencia. Aunque una primera lectura parece inclinarnos hacia lo segundo, dada la ausencia de una sanción expresa de inadmisión, tal solución dista de ser satisfactoria. Advuértase que la mera posibilidad de alegar motivos extralegales en la contestación, aunque finalmente deban ser rechazados en la sentencia, podría utilizarse para ganar tiempo y dilatar el desarrollo del proceso. El demandado podría apoyar su contestación en alegaciones sin recorrido alguno, como argumentos, discursos o reivindicaciones de carácter ético o ideológico, y por añadidura pedir la celebración de vista, obligando al tribunal a señalarla aun a sabiendas de su vacuidad (art. 438.4, párrafo 2.º, de la LEC). Por todo ello, y por imperativo de las reglas de la buena fe procesal (art. 247 LEC), la alegación por parte del demandado de motivos o razones ajenos a los expresamente previstos debiera comportar la inadmisión de la contestación, teniéndola por no formulada y dando paso directo a la sentencia.

Por último, la Ley 5/2018 introduce especialidades en lo atinente a la ejecución de la sentencia: dice el art. 444.1.bis LEC que la sentencia estimatoria se ejecutará a instancia del demandante sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días —el denominado «plazo de cortesía»— del art. 548 LEC. La voluntad de agilizar la ejecución es palmaria, si bien se observa nuevamente cierto descuido a la hora de traducirla en previsiones eficaces y operativas: ha olvidado el legislador que el plazo más «preocupante» no son esos veinte días del art. 548 LEC, sino el previsto en el art. 704.1 LEC, relativo a la ejecución de la condena a entregar bienes inmuebles, que obliga a dar un plazo de un mes para el desalojo —prorrogable por otro mes más— al ejecutado cuando el inmueble que deba entregar sea su vivienda habitual. Extrañamente, esta previsión no se exceptúa para las sentencias recaídas en procesos contra ocupantes ilegales. Tampoco se incorporan otras medidas encaminadas a la simplificación de trámites y al ahorro de esfuerzos procesales, como la posibilidad de pedir la ejecución de la futura sentencia en la propia demanda iniciadora del declarativo, eximiendo así al propietario de la necesidad de presentar demanda ejecutiva. Si realmente se quiere abreviar la senda hacia la recuperación posesoria en este tipo de procesos debiera haberse incluido una previsión de esta índole, siguiendo el ejemplo del desahucio arrendaticio por falta de pago (art. 437.3 LEC).

III. 3. LA EXTREMA NECESIDAD DEL OCUPANTE COMO FRENO A LA TUTELA POSESORIA: 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

III. 3. A. *El péndulo legislativo ante el fenómeno de la ocupación ilegal: de la «ley anti-okupas» al «decreto antidesahucios»*

La Ley 5/2018 se mostró moderadamente sensible con el ocupante en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social. En especial, se preocupó por asegurar una adecuada coordinación entre los tribunales que estuvieran conociendo del procedimiento posesorio y los servicios sociales, a fin de que estos pudieran evaluar la situación de los ocupantes en trance de ser expulsados y, en su caso, facilitarles una alternativa habitacional. A este respecto, el art. 441.1.bis LEC, en la redacción dada por dicha ley, establece la obligación del tribunal de comunicar la resolución en la que se acuerde la entrega de la posesión y el desalojo de los ocupantes 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. Dicha comunicación se supedita a la prestación del oportuno consentimiento por parte de los interesados, requisito que, por lo menos en algunos casos, cuesta entender: si la vivienda no tiene unas adecuadas condiciones de habitabilidad y en ella hay personas desvalidas o en situación de riesgo vital, como niños o personas aquejadas por una discapacidad grave, parece claro que los servicios sociales tendrían que intervenir haya o no haya consentimiento del interesado, especialmente si este no puede prestarlo por sí y ha de hacerlo por él quien ostente su guarda legal o de hecho. Por ello, considero que el previo consentimiento será innecesario en aquellos casos en que el tribunal, por razones de urgencia o la inminencia de daños graves e irreparables, estime necesario el llamamiento a los servicios sociales.

Con todo, la generosidad de la Ley 5/2018 con el ocupante vulnerable no va más allá: de acuerdo con esta norma, la comunicación a los servicios públicos competentes no produce ninguna eficacia paralizante ni impide ejecutar el lanzamiento en la fecha señalada. No cabe esperar a que la Administración Pública adopte efectivamente las medidas de protección adecuadas y realoje al ocupante en una vivienda de alquiler social o similar: obviamente, el plazo de siete días concedido al efecto convierte la búsqueda de alternativas habitacionales en una carrera contrarreloj que es muy difícil ganar, teniendo en cuenta las magras dimensiones de nuestro parque de vivienda social. En esa «carrera», además, el hecho de ocupar un inmueble sobre el que pende una orden de desalojo no ha de comportar ninguna preferencia en el orden de adjudicación de viviendas sociales, anteponiendo al ocupante a familias que no han recurrido a la ilegalidad pese a hallarse también en una situación de emergencia habitacional. Una posición conquistada al margen del ordenamiento jurídico no ha de reportar ventaja alguna sobre quienes lo cumplen y respetan; lo contrario sería una exhortación a la infracción de la ley.

Este tratamiento contrasta con el previsto en el proceso de desahucio por falta de pago: en este, una vez confirmada la situación de vulnerabilidad social y/o económica del hogar afectado, se dispone la suspensión por un plazo máximo de un mes —tres si el arrendador es una persona jurídica— a fin de que los servicios sociales adopten las medidas de protección oportunas (art. 441.5 LEC). Esta diferencia de trato, como es evidente, obedece a la muy diferente situación de partida de quien aparece como demandado en cada uno de estos procesos: no es igual quien ha adquirido el derecho a gozar y poseer la vivienda en virtud de un título jurídico válido (el contrato de alquiler), pero deviene incapaz de seguir pagando por una situación de vulnerabilidad sobrevenida; que quien no ha tenido título en ningún momento y desarrolla una ocupación ilegal, poseyendo gratuitamente y sin autorización alguna lo que no le pertenece.

Pero las cosas han cambiado. La situación que acaba de describirse ha sufrido un giro importante a raíz 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 (en adelante DLMU). Hasta la fecha, como sabemos, las diversas crisis económicas que ha atravesado el país han motivado medidas excepcionales de suspensión de procesos para deudores hipotecarios e inquilinos sin medios bastantes para atender a su subsistencia, otorgándoles un tiempo «extra» para permanecer en la vivienda y posponer su desalojo. La novedad de este DLMU es que, por vez primera, otorga beneficios similares a los ocupantes sin título, beneficios que se reputan justificados «en el contexto de la excepcionalidad del estado de alarma». El hecho de que solo dos años después de la popularmente conocida como «ley anti-okupas» se haya aprobado esta norma, que los medios han bautizado como «decreto anti-desahucios», revela el grado de bipolaridad de una política legislativa que avanza y retrocede entre vaivenes pendulares.

El DLMU introduce un nuevo art. 1.bis en una de las normas que el Gobierno, en el uso de su potestad legislativa de urgencia, aprobó en uno de los momentos más «calientes» tras el estallido de la pandemia: el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Tras disponer la suspensión, durante la enésima prórroga del estado de alarma en que, del desahucio arrendaticio frente a inquilinos económicamente vulnerables y sin alternativa habitacional, el citado art. 1.bis hace lo propio con los procesos previstos en los ordinales 2.º (desahucio por precario), 4.º (interdicto de recobro, tanto el «clásico» como el especial frente a ocupantes ilegales) y 7.º (interdicto registral) del art. 250.1 LEC, si bien sujetando dicha suspensión a unos requisitos más exigentes que en el caso de los arrendatarios.

La norma no es un dechado de precisión. Aunque la rúbrica del art. 1.bis habla de la suspensión tanto del procedimiento de desahucio en sí (es decir, del propio juicio verbal encaminado a declarar la falta de título del poseedor y condenarle a restituir el inmueble) como del lanzamiento (que tiene lugar después del proceso de desahucio, en la ejecución derivada del mismo), la regulación

que a continuación se establece se refiere únicamente a la suspensión del lanzamiento. Parece, por tanto, que el juicio interdictal ha de seguir su curso normal y que la suspensión únicamente se decretará en el momento final de la ejecución forzosa, posponiendo la fecha del lanzamiento. Esta suspensión «extraordinaria y temporal» se acordará por el tiempo que reste hasta la finalización del estado de alarma (12 de la noche del 9 de mayo de 2021). Sin embargo, esta suspensión ya ha sido prorrogada hasta en tres ocasiones: a través del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que la amplió hasta el 9 de agosto de 2021; mediante el Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, que la amplió hasta el 31 de octubre de 2021; y a través del Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, que ha extendido la prórroga hasta el 28 de febrero de 2022. En un principio, esta incidencia suspensiva estaba circunscrita a los procesos civiles de tutela de la posesión. Esto podía alentar la tendencia de los propietarios de acudir a la vía penal por delito de usurpación inmobiliaria, al quedar fuera del halo protector de estas medidas excepcionales. Por ello, y apenas un mes tras su introducción, este art. 1.bis fue modificado por el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, que extendió la posibilidad de pedir la suspensión extraordinaria a los procesos penales en los que sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual de quienes la estén habitando sin título para ello.

### *III. 3. B. Requisitos de la suspensión extraordinaria*

La suspensión se somete al cumplimiento de tres condiciones: la primera se refiere a las cualidades que debe reunir el propietario de la vivienda ocupada; la segunda, a los requisitos que deben concurrir en el ocupante; y la tercera, a la necesidad de que la suspensión se acuerde mediante auto del juez que está conociendo del proceso, previa sustanciación de un incidente contradictorio en el que se acredite este conjunto de circunstancias.

En cuanto a la calidad del propietario, la suspensión únicamente procederá cuando se trate de viviendas pertenecientes a personas jurídicas o a personas físicas titulares de más de diez viviendas. Como vemos, la norma vuelve a distinguir entre los «grandes tenedores» y los «pequeños propietarios», agravando la posición de los primeros e imponiéndoles una suerte de forzada tolerancia en aras de la función social de la propiedad. Por ello, se prevé para ellos una compensación económica por las molestias a cargo de la Administración, en los términos que después veremos.

En lo que respecta al ocupante, la suspensión se supedita a la valoración ponderada de dos extremos: que la entrada o permanencia en el inmueble responda a una «situación de extrema necesidad»; y el grado de cooperación de los ocupantes con las autoridades competentes en la búsqueda de alternativas que garanticen su derecho a una vivienda digna.

La situación de extrema necesidad se define en función de una pluralidad de requisitos que, a efectos expositivos, pueden clasificarse en dos categorías: requisitos de vulnerabilidad económica y requisitos de vulnerabilidad social. A ellos habría que agregar un tercer grupo, enunciado en sentido negativo, que cabría denominar requisitos «de merecimiento ético». Todos ellos han de cumplirse de forma cumulativa.

Los requisitos de vulnerabilidad económica son los recogidos en el art. 5, letra a, del Real Decreto-ley 11/2020: que la persona pase a estar en situación de desempleo o ERTE o haya sufrido una pérdida sustancial de ingresos por otros motivos, sin que el conjunto de ingresos de la unidad familiar alcance determinados umbrales (con carácter general, el triple del IPREM, esto es, 1737'06 euros, con los correspondientes incrementos por hijos o personas mayores de 65 años a cargo, discapacidad y situaciones de dependencia o enfermedad).

Los requisitos de vulnerabilidad social aparecen el propio art. 1.bis, apartado 3: quien habite la vivienda sin título ha de tener la consideración legal de persona dependiente, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en el mismo inmueble, alguna persona dependiente o menor de edad.

A la hora de concretar el significado de la dependencia, el DLMU se remite al art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que la define como el estado permanente en que se encuentran aquellos que por razones de edad, enfermedad o discapacidad, y ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otras personas o ayudas importantes para actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal. Esta misma norma, en su art. 2.3, define las actividades básicas de la vida diaria como «las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas».

En lo que concierne a la condición de víctima de violencia sobre la mujer, el DLMU no precisa si esta ha de resultar de una sentencia firme de condena por actos de violencia de género; si basta la pendencia de diligencias penales por delitos de esta clase o la adopción de una orden de protección, aunque no se haya llegado todavía a un pronunciamiento definitivo y firme sobre la responsabilidad del inculpado; o si —rebajando aún más el listón— es suficiente con acreditar la presentación de la correspondiente denuncia. Entiendo que, si se quiere lograr un equilibrio entre la finalidad tuitiva de la norma y la evitación de abusos o fraudes, la segunda opción —acreditar la incoación y pendencia de diligencias penales— es la más adecuada; alzándose la suspensión y procediéndose al lanzamiento —eso sí— en cuanto conste la emisión de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal.

Como decíamos, aparte de los requisitos de vulnerabilidad económica y social que acaban de exponerse, el ocupante ha de cumplir unos requisitos de merecimiento ético para poder frenar su lanzamiento durante la vigencia del estado de alarma. Tales requisitos aparecen formulados en sentido negativo en el art. 1.bis, apartado 7.º, del Real Decreto-ley 11/2020 que ha introducido el comentado DLMU. A tenor de este precepto, la suspensión queda automáticamente excluida en una serie de supuestos:

– *Colisión con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del propietario o de terceros*: el ocupante no puede obtener la suspensión extraordinaria si la vivienda en la que se ha introducido pertenece a una persona física y esta tiene ahí su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada; y ello, con independencia del número de viviendas de las que esa persona sea propietaria. En el caso de que la vivienda pertenezca a una persona jurídica, tampoco se suspenderá el lanzamiento si aquella está cedida por cualquier título válido a una persona física que tenga ahí su domicilio habitual o segunda residencia. De estas exclusiones se infiere que la suspensión extraordinaria va a aplicarse, primordialmente, a las ocupaciones sobre viviendas que se encontrasen vacías e inutilizadas, sin servir a las necesidades habitacionales —permanentes o esporádicas— del propietario o de terceros vinculados contractualmente con él; esto es, lo que en otro lugar de este trabajo llamamos «viviendas en manos muertas».

– *Hechos constitutivos de delito*: tampoco cabe la suspensión cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las persona, o cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando como sede de actividades ilícitas. En este punto, el DLMU nos da un ejemplo de oscuridad interpretativa que, según el criterio que adopte el juzgador, puede acabar vaciando de contenido el régimen protector que se pretende instaurar. Como hemos dicho, se prohíbe suspender el lanzamiento cuando el inmueble se esté usando para realizar actividades ilícitas. Intuimos que la norma se refiere principalmente a actividades relacionadas con el tráfico de drogas o la prostitución, entre otras. Lo que sucede es que, tal y como está redactado el precepto, su alcance va mucho más allá: ya se considere o no constitutiva de delito, ocupar sin título y en contra de la voluntad de su dueño una vivienda ajena es una actividad contraria a Derecho y, por tanto, ilícita. Recordemos, a este respecto, que el término «ilícito» no queda acotado al ámbito penal, sino que se extiende a cualquier conducta opuesta a la norma, sea esta penal, civil, administrativa o de otra índole. En definitiva, la vivienda se está utilizando para la realización de una actividad ilícita, consistente en el mero hecho de ocuparla sin ningún tipo de cobertura jurídica, lo que —si nos ceñimos a la literalidad del precepto— excluirá siempre la suspensión del lanzamiento.

– *Colisión con el derecho a la vivienda digna de otras personas vulnerables*: la suspensión será, asimismo, improcedente cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la Administración o entidad gestora. Esta exclusión, por tanto, exige dos condiciones: que el inmueble esté destinado a vivienda social y esta ya se encuentre asignada a un solicitante. No se entiende, sin embargo, el porqué de esta segunda condición. Puede suceder que la entidad u organismo encargado de la adjudicación se encuentre en una fase de estudio y evaluación de las diversas solicitudes presentadas, acaso esperando el informe de los servicios sociales para obtener una imagen más exacta de la situación personal y familiar del solicitante. Sin embargo, como la vivienda todavía no ha sido asignada a ningún aspirante, su ocupación

por la vía de hecho por una persona sin título alguno va a suponer la paralización *de facto* del procedimiento de adjudicación, dado que esa persona tiene derecho a suspender su lanzamiento y permanecer en el inmueble hasta la finalización del estado de alarma. Resulta censurable este derecho preferente que se otorga al ocupante ilegal frente a otros poseedores potenciales en igual o mayor situación de necesidad, pero que han optado por ajustarse a la legalidad, respetar los trámites y aguardar la decisión de la Administración o entidad gestora. Parece que el DLMU incentiva la ilegalidad como recurso fácil para «saltarse la cola» en la adjudicación de viviendas sociales.

– *Prohibiciones dirigidas a contener el «efecto llamada» a la ocupación ilegal*: los redactores del DLMU han sido conscientes de lo tentadora que puede resultar la perspectiva de ocupar una vivienda ajena y tener asegurado su pacífico y gratuito disfrute durante la vigencia del estado de alarma. Por ello, preocupados ante la posibilidad de que el DLMU se convierta en un acicate a la ocupación ilegal, se han cuidado de advertir que no se suspenderá el lanzamiento «cuando la entrada en la vivienda se ha producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley». Lo que sucede es que no sabemos a ciencia cierta cuál es el «presente real decreto-ley»: si la norma reformada en la que se ha insertado el art. 1.bis objeto de este análisis, es decir, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, que entró en vigor el 2 de abril de 2020; o la norma reformadora que ha introducido el nuevo precepto, esto es, el DLMU, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2020. Sospechamos que la fecha de referencia ha de ser la segunda, pero la ambigüedad del enunciado legal da pábulo a las dudas.

### *III. 3. C. El incidente de suspensión: trámites y decisión final*

Delineado ya el conjunto de presupuestos a que se somete la suspensión extraordinaria, resta abordar el incidente para pedirla y acordarla. No es mucho lo que dice al respecto el art. 1.bis. Dice simplemente que de la acreditación documental de los requisitos de vulnerabilidad económica y social se dará traslado «al demandante o denunciante». Suponemos que ese traslado es al efecto de formular alegaciones, dirigidas a cuestionar ya sea la concurrencia de tales requisitos, ya a invocar alguno de los supuestos de exclusión del art. 1.bis, apartado 7.º, si bien no se señala plazo alguno. Asimismo, el uso del término «denunciante», carente de sentido en el ámbito de un proceso civil, evidencia una vez más la mejorable factura técnica de la norma.

Puesto que estamos en procesos civiles sujetos a la regla general de postulación preceptiva, surge la duda de si el ocupante precisa de abogado y procurador para solicitar la suspensión extraordinaria y presentar la documentación correspondiente ante el tribunal. La cuestión es importante, habida cuenta de la frecuente falta de personación y consecuente declaración en rebeldía de los demandados en este tipo de procedimientos. No obstante, a mi juicio, no hay óbice

para que el ocupante inste la suspensión por sí mismo, sin necesidad de asistencia letrada: podemos entender que se trata de una «actuación urgente» y, por tanto, legalmente exenta de la necesidad de postulación (arts. 23.2.3º y 31.2.2º LEC).

Asimismo, se suscitan dudas en torno al plazo del que dispone el ocupante demandado o el momento procesal en que debe invocar su vulnerabilidad y pedir la suspensión extraordinaria. Sobre estos extremos el art. 1.bis guarda, una vez más, absoluto silencio, lo que permite inferir que no existe límite preclusivo para pedir la suspensión y que esta podrá solicitarse en cualquier momento anterior al lanzamiento. En este punto los redactores del DLMU muestran una escasa prudencia que puede abrir un nuevo frente de dilaciones en los procedimientos posesorios. La posibilidad temporalmente incondicionada de promover el incidente de suspensión extraordinaria alentará, seguramente, la formulación de solicitudes de última hora, inmediatas o próximas a la fecha del lanzamiento, congelando la práctica de este hasta que los servicios sociales informen sobre la vulnerabilidad del ocupante y el juez adopte la decisión que proceda. Se está ofreciendo un formidable comodín para socavar la celeridad del procedimiento, un comodín que el ocupante puede usar aun siendo bien consciente de que no cumple los requisitos legalmente exigidos para obtener la suspensión. Esto le es indiferente pues, a la postre, lo único que importa es ganarle otra batalla al tiempo, y el que habrá de dedicarse a sustanciar el incidente y evaluar su situación cumple sobradamente este objetivo. El DLMU debiera haber incluido alguna medida para reprimir los abusos, cuando no la franca y directa picaresca, en la apertura de incidentes de suspensión, como el establecimiento de un plazo preclusivo para promoverlos o, al menos, la posibilidad de inadmitir de plano la solicitud cuando el incumplimiento de los requisitos resulte notorio. En ausencia de tales previsiones, la presentación de solicitudes de suspensión con propósito manifiestamente abusivo o dilatorio solo puede —y debe— combatirse a través de las reglas protectoras de la buena fe procesal (art. 247 LEC).

El art. 1.bis señala a continuación, en su apartado 4.º, que el letrado de la Administración de Justicia trasladará inmediatamente toda la documentación a los servicios sociales y les solicitará el correspondiente informe. Dicho informe, preceptivo pero no vinculante, va a ser el elemento de juicio fundamental para formar la convicción del juez y decidir el incidente. El plazo máximo para emitirlo es de quince días, y su contenido es doble: por una parte, ha de valorar la situación de vulnerabilidad de la persona o personas que hayan fijado en el inmueble su vivienda y, por otra, ha de identificar las medidas a aplicar por la Administración competente. Estas medidas pueden consistir en la oferta de una solución habitacional alternativa, mediante la aplicación de las ayudas del «Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables» o cualesquiera otras del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, sin perjuicio de las que puedan establecer las Comunidades Autónomas y entidades locales (disp. adicional 1.ª del DLMU). El citado Plan Estatal se encuentra regulado en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo.

Evacuado este trámite y ponderadas por el juez todas las circunstancias, este dictará un auto que supone la culminación del incidente y puede tener dos sentidos diversos: o bien acordará la suspensión por el tiempo que reste hasta la finalización del estado de alarma; o bien acordará la continuación del procedimiento si el solicitante no cumple los requisitos o concurre alguna de las circunstancias excluyentes de la suspensión previstas en el apartado 7.º. No se dice nada sobre el régimen de recursos, lo que comporta la aplicación del régimen general: puesto que estamos ante un auto no definitivo, solo será recurrible en reposición ante el propio juez que lo ha dictado (art. 451.2 LEC), tanto si se pronuncia a favor de la suspensión como si acuerda la continuación del procedimiento. Ciertamente, puede pensarse que el auto que rechaza la solicitud del ocupante ilegal y acuerda seguir adelante es, en cierto modo, definitivo para él, por cuanto liquida su última oportunidad de evitar el lanzamiento. Desde esta perspectiva, acaso podría postularse la procedencia del recurso de apelación (art. 455.1 LEC). No obstante, el carácter definitivo de una resolución no depende del punto de vista subjetivo del afectado por ella, sino de su encaje en el concepto legal correspondiente. Este se contiene en el art. 207.1 LEC, a cuyo tenor las resoluciones definitivas son aquellas «que ponen fin a a primera instancia». Y es evidente que tal característica no concurre en un auto que no finaliza la primera instancia, sino que se dicta después de aquella para resolver un incidente suscitado en la ejecución. En cualquier caso, tal vez hubiera sido aconsejable permitir la apelación contra el auto resolutorio de este incidente, por supuesto sin efectos suspensivos. Hubiera sido un buen modo de evitar la dispersión de criterios a la que, inevitablemente, va a conducir el hecho de que la última palabra en esta materia la tenga cada Juzgado de Primera Instancia.

*III. 3. D. Adopción de medidas por la Administración competente y eventual —y restringido— derecho de compensación del propietario: dudas de constitucionalidad*

Interesa centrarse en el auto que estima justificada la situación de extrema necesidad del ocupante y acuerda la suspensión del lanzamiento. Una vez generado este paréntesis en el procedimiento judicial le llega su turno a la Administración, que ha de adoptar las medidas indicadas en el informe de los servicios sociales u otras que considere adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional del ocupante y su derecho a una vivienda digna. Sin embargo, el DLMU resulta equívoco y contradictorio a la hora de determinar el plazo del que dispone para ello: según el art. 1.bis, apartado 5.º, la Administración debe adoptar dichas medidas «durante el plazo máximo de suspensión fijado», que, tras las sucesivas prórrogas que se han ido acordando, abarca el segmento temporal que reste hasta el 28 de febrero de 2022. Si las medidas llegan antes de dicho momento, la Administración lo comunicará inmediatamente al tribunal y el juez, en el plazo máximo de tres días, acordará mediante un nuevo auto el levantamiento de la suspensión y el correspondiente lanzamiento. En cambio, según la disp. adicional 2.ª del DLMU, la Administración ha de adoptar las medidas en el plazo de los tres meses siguientes a la emisión del informe por parte de los servicios

sociales, debiendo satisfacer —en caso contrario— una compensación económica al propietario de la vivienda ocupada. Nuevamente, la norma exhibe una laberíntica ambigüedad que invita a reflexionar sobre el arte de legislar y su preocupante deriva.

En cualquier caso, es altamente probable que el elevado número de familias en situación de emergencia habitacional, junto con la —por el momento— escasa disponibilidad de viviendas sociales, hagan inviable la adopción de las medidas pertinentes por parte de la Administración en el plazo máximo —cualquiera que sea— habilitado a tal fin, concluyendo este sin que se haya brindado al ocupante un alojamiento alternativo ni se haya podido regularizar su situación de otro modo. El propio DLMU reconoce en su exposición de motivos este sombrío panorama: aunque hace constar los esfuerzos que se están realizando para mejorar las cosas, alude al «exiguo parque de vivienda social en alquiler que caracteriza a nuestro país», porque «apenas llega a las 290 000 viviendas en el conjunto de España, una cifra muy lejana a la necesaria para constituir un instrumento efectivo de apoyo social, y también muy alejada del nivel de desarrollo de este tipo de parque en los principales países de nuestro entorno». Más adelante, insiste en que «el parque de vivienda social en España es particularmente escaso, ofreciendo cobertura a menos del 2,5% de los hogares, un porcentaje claramente insuficiente para que tenga capacidad de ofrecer soluciones rápidas a las situaciones de vulnerabilidad y tratándose de una realidad que se agrava en el actual contexto de crisis sanitaria».

Ante esta eventualidad, y como ya se adelantó, la disp. adicional 2.<sup>a</sup>, apartado 4.º, del DLMU atribuye al propietario de la vivienda ocupada el derecho a una compensación si la Administración no adopta las medidas de protección adecuadas durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales. Este derecho, sin embargo, se somete a una condición: que la suspensión del lanzamiento le haya ocasionado un perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble. Acreditada la concurrencia del perjuicio económico en estos términos, la compensación consistirá en el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio de alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento. Dicha compensación incluirá, asimismo, los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el propietario por el tiempo que medie entre el momento en que se acordó la suspensión y aquel en que seaalzada (apartado 5.º). Parecen quedar al margen —lo que resulta criticable— otras pérdidas patrimoniales derivadas de la ocupación, por ejemplo si en el momento en que esta se produjo ya se había firmado un precontrato de compraventa con arras penitenciales y el vendedor se ha visto obligado a devolverlas duplicadas (art. 1454 CC). La solicitud de compensación podrá presentarse hasta un mes después del cese del estado de alarma, mediante una exposición razonada de la cuantía que se considere procedente sobre la base de los criterios descritos (apartado 6.º).

Naturalmente, el Ejecutivo-legislador es consciente de lo que el nuevo art. 1.bis del Real Decreto-ley 11/2020 supone: la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, durante la vigencia del estado de alarma, de las facultades dominicales de uso y disfrute del inmueble. Y de ahí que se apresure a ofrecer el correspondiente justiprecio al que, en una suerte de camuflaje terminológico, denomina «compensación». Con ello, aparte de calmar los ánimos de los propietarios obligados a soportar la ocupación, se pretende sortear las objeciones de inconstitucionalidad que despertaría una expropiación sin justiprecio, de evidentes tintes confiscatorios por más que sea temporal y se coloque bajo la égida el bien común (art. 33.3 de la Constitución). Esas objeciones, sin embargo, persisten por dos motivos: el primero es que podríamos hallarnos en un terreno vedado a la figura del decreto-ley, por cuanto se está afectando a los deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, entre los cuales se encuentra el derecho de propiedad (art. 86.1 de la Constitución).

El segundo motivo que permite cuestionar la constitucionalidad de la norma es que el derecho al justiprecio —o compensación— únicamente emerge en el caso de que, antes de la ocupación, la vivienda se encontrase en venta u ofrecida en alquiler. De lo contrario, el propietario no tiene derecho a que la Administración le compense, resarza o retribuya de ningún modo por el tiempo que se le ha obligado a alojar al ocupante sin título. Los redactores del DLMU solo han pensado en el lucro cesante —la ganancia dejada de obtener por la perturbación posesoria—, concepto que, ciertamente, solo cabe predicar de quien tuviera previsto enajenar o arrendar el inmueble. Sin embargo, no han reparado en que la ocupación de la vivienda durante varios meses también puede ocasionar deterioros, menoscabos o desperfectos que, una vez acreditados, deberían ser indemnizados en todo caso por la Administración, tanto si el inmueble se estaba ofreciendo en el mercado como si no. Es verdad que esos daños podrían reclamarse a los ocupantes que los han causado, pero es una posibilidad más retórica que real debido a su más que probable insolvencia. Por otra parte, no puede olvidarse que en último término la responsabilidad incumbe a quien ha creado el evento, tesitura u ocasión propicia para dañar, que no es otro que el propio Estado que ordenó suspender el lanzamiento y respetar la posesión del ocupante.

Pero, al margen de los menoscabos derivados del uso del inmueble por parte de los ocupantes, hay una cuestión de mayor calado: el Estado no puede despojar de su *ius possidendi* al dueño o vaciarlo temporalmente de contenido sin contraprestación alguna. La colaboración que se exige a los propietarios en aras del interés social, consistente en mantener a ocupantes ilegales en los inmuebles de que son titulares hasta que la Administración pueda reacomodarlos, tiene que ser en todo caso compensada. Al eliminarse este derecho en los casos en que la vivienda no hubiera sido ofertada en venta o alquiler antes de la ocupación, lo que se vislumbra es otra cosa: el intento de sancionar, de algún modo, a los tenedores de viviendas vacías o en desuso que las mantienen apartadas del circuito económico, ya sea por desidia o a la espera de una futura alza de precios, sustrayéndolas a su finalidad natural; y el intento, también, de dinamizar nuestro parque

inmobiliario, provocando un impacto *in terrorem* en los grandes tenedores —la amenaza de soportar durante meses la posesión gratuita de ocupantes sin título— que los saque del letargo y les anime a reintroducir esas viviendas en el mercado de compra y alquiler. Si esto es realmente lo que se quiere hacer —y, hasta cierto punto, es legítimo que se haga— la vía concebida por el DLMU no es la adecuada. Tal y como está diseñada la norma, las dudas de inconstitucionalidad que despierta son evidentes, como lo es también el incentivo a la ocupación ilegal que puede suponer, las dilaciones con que siembra el camino hacia una tutela judicial efectiva y la alarma que genera en los propietarios, con el resultado que ello puede producir: que, en contra de los fines perseguidos, los propietarios compensen ese mayor riesgo, esos nuevos azares a que se somete la restitución posesoria, mediante un endurecimiento del acceso a la vivienda.