

# **EL PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN DE LA VIVIENDA FRENTE A LOS OKUPAS: SU VALIDEZ CONSTITUCIONAL**

Por

**PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ**  
Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de Jaén

pquesada@ujaen.es

*Revista General de Derecho Procesal 50 (2020)*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se abordará el estudio del nuevo procedimiento sumario de recuperación de la posesión de viviendas ilegalmente ocupadas, establecido en base a la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas.

De este modo se estudiarán las respuestas que da el Derecho español respecto a los ordenamientos civil y penal antes de la reforma. Se llegará a la conclusión del carácter insuficiente de tales vías, lo que constituye una inequívoca justificación de la reforma. Aun así, tras el estudio del nuevo procedimiento, se determinará el carácter insuficiente de la legitimación activa de propietarios que pueden acceder al mismo, entre otras cuestiones.

Una vez analizado el procedimiento, se estudiará la validez del mismo bajo los estándares de la Constitución española y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para llegar a la conclusión de su conformidad.

**PALABRAS CLAVE:** Ocupación ilegal de inmuebles, delito de usurpación de vivienda, lanzamientos, procesos sumarios, proceso de recuperación de la posesión, procedimiento de recuperación por la ocupación ilegal de inmueble.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. EL SURGIMIENTO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN DE LA VIVIENDA ILEGALMENTE OCUPADA; 1. Iniciativa legislativa. 2. La respuesta penal a la ocupación ilegal de viviendas. 3. Las vías preexistentes en el derecho procesal civil para la recuperación de la vivienda; III. CONTENIDO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO Y ESPECIALIDADES PROCESALES AL PROCESO SUMARIO DE DESPOJO O PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN. IV. LA VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO CONFORME A LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS; V. CONCLUSIONES.; VI. BIBLIOGRAFÍA.

## **THE PROCEDURE FOR RECOVERING HOUSING FROM SQUATTERS: ITS CONSTITUTIONAL VALIDITY**

**ABSTRACT:** This article will deal with the study of the new summary procedure for the repossession of illegally occupied housing, established by Law 5/2018, of 11 June, amending Law 1/2000, of 7 January, on Civil Procedure, in relation to the illegal occupation of housing.

In this way, the responses given by Spanish law with respect to civil and criminal law prior to the reform will be studied. The conclusion will be reached on the insufficient nature of these remedies, which constitutes an unequivocal justification for the reform. Even so, after studying the new

procedure, the insufficient nature of the standing of owners who may have access to it will be highlighted.

Once the procedure has been analysed, its validity will be studied under the Spanish constitutional standards and the European Convention on Human Rights, in order to come to the conclusion of its conformity.

**KEYWORDS:** Illegal occupation of properties, crime of real properties usurpation, ejectment of the occupant from a dwelling, summary proceedings, repossession proceeding, illegal occupation of property proceeding.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo se centra en el estudio de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la ocupación ilegal de viviendas.

Dicha modificación estableció un nuevo proceso declarativo sumario, con el que se podrá pedir “la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social”.

Como rasgo diferenciador de este proceso se subraya que con el traslado de la demanda para su contestación podrá pedirse la entrega de la posesión inmediata al demandante. El demandado y los ocupantes de la vivienda, si bien podrán oponerse al Auto que acuerde el lanzamiento, no podrán suspender eficazmente la medida.

Esta nueva configuración legal, si bien es la respuesta a una amplia demanda social que beneficia a los propietarios de una vivienda que pueden verse injustamente desposeídos de su hábitat. Por ello en el presente trabajo trataremos de estudiar los diferentes cauces jurídicos previstos en la legislación penal y civil para justificar la necesidad del procedimiento.

De igual forma, la configuración de un procedimiento para la más rápida recuperación de la vivienda fue cuestionado bajo parámetros de validez tanto constitucionales como europeos tanto en su tramitación parlamentaria como en el recurso de inconstitucional que fue planteado por el Grupo Parlamentario Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea.

Habiéndose pronunciado el Tribunal Constitucional sobre dicha cuestión, será igualmente objeto de este estudio la validez tanto de conformidad a los estándares de la Constitución Española como de los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## **II. EL SURGIMIENTO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN DE LA VIVIENDA ILEGALMENTE OCUPADA**

### **2.1. Iniciativa legislativa**

Como germen de la Ley 5/2018, de 11 de junio, es preciso destacar la proposición de ley de regulación de un procedimiento específico para el lanzamiento o desalojo de las viviendas ocupadas contra la voluntad del titular, emanado de la Comisión Normativa conjunta del Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya (CICAC) y del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona de 11 de noviembre de 2016<sup>1</sup>.

La proposición originaria CICAC-ICAB partía de una premisa básica y fundamental: que ninguno de los cauces jurídicos establecidos en el Derecho español destinados a conseguir el desalojo de inmuebles cuya posesión se tomaba por la fuerza resultaba satisfactorio.

El texto puso de manifiesto la insuficiencia del sistema procesal español tanto en la tutela ofrecida por el Derecho penal como en el civil y procesal civil. Tal carencia fue avalada por la doctrina cercana a la formulación de la proposición, y en particular por PÉREZ DAUDÍ y SÁNCHEZ GARCÍA<sup>2</sup>, quienes subrayaron la desprotección del propietario privado ilegítimamente de la posesión de la vivienda.

Todo ello desembocó en la Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, a instancias del Partit Demòcrata el 19 de enero de 2017.

### **2.2. La respuesta penal a la ocupación ilegal de viviendas**

El punto de partida del régimen penal de protección de la vivienda frente a la ocupación del inmueble sería la regulación del delito de usurpación, previsto en el art. 245 del Código penal con el siguiente tenor literal: *“1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. 2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*.

---

<sup>1</sup> El autor de este capítulo desea agradecer públicamente al CICAC, y especialmente al letrado y secretario de la institución D. Albert Conesa Bausà, su cooperación en la redacción de este estudio al haber proporcionado el borrador del texto original de la proposición de ley.

<sup>2</sup> PÉREZ DAUDÍ, V. Y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», *Diario La Ley*, vol. 9008, 2017 edición digital.

Este artículo comprende dos figuras delictivas. Por un lado la ocupación de un inmueble o la usurpación de un derecho real con violencia o intimidación a las personas, correspondiente al párrafo primero, que contempla dos modalidades de conducta. Por otro, la ocupación violenta del inmueble, y por otro, la usurpación violenta de un derecho real inmobiliario. El segundo tipo delictivo es la ocupación llamada “pacífica” de inmueble que no constituya morada<sup>3</sup>, donde no mediaría violencia o intimidación contra las personas.

En la modalidad con violencia o intimidación la doctrina entiende que el inmueble también puede ser objeto de otros delitos, como el allanamiento de morada del art. 202 del Código penal o el robo con fuerza cualificado (art. 241-1 del Código penal). No obstante, el inmueble en tales casos sería el escenario de la conducta en la que se protegen otros bienes jurídicos (como la intimidad del domicilio protegida en el art. 18-1 de la Constitución Española u 8-1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Por lo tanto, en la ocupación de un inmueble es posible la acumulación de ataques a otros bienes jurídicos protegidos por los dos delitos comentados<sup>4</sup>.

El delito de allanamiento de morada contenido en el art. 202 del Código penal igualmente prevé dos conductas, una que se puede ejecutar con la mera ausencia de voluntad de la persona que irrumpa en morada ajena y otro cometido con violencia e intimidación: “1. *El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses*”.

De todo lo expuesto pueden extraerse varias notas diferenciadoras. Con carácter principal, que el elemento típico imprescindible para la comisión del delito de usurpación violenta es que la víctima tenga sobre el bien un derecho real inmobiliario. En el delito de usurpación pacífica se requiere expresamente que el bien no constituya morada o domicilio habitual de la víctima. Por su parte en el delito de allanamiento de morada sí se requiere que el bien constituya morada, sin que sea necesario que el morador ostente un derecho real inmobiliario concreto.

Por todo ello, puede determinarse que la persona que ocupe un bien inmueble a la fuerza que constituya vivienda habitual de la víctima y además sea de su propiedad (u otro derecho real inmobiliario) puede cometer acumuladamente, en concurso ideal o medial de delitos, los delitos de usurpación violenta y allanamiento de morada con

---

<sup>3</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). De la extorsión. Del robo y hurto de uso de vehículos. De la usurpación.», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.) *Sistema de Derecho penal. Parte especial.*, 2, Madrid, Dykinson, 2016 pp. 491-494.

<sup>4</sup> *Ibid.* pp. 493-494.

violencia o intimidación. No obstante, si la ocupación es pacífica, el propio tipo de la usurpación pacífica excluye que pueda hacerse sobre vivienda habitual (más cercano a la idea clásica de la “okupación”)<sup>5</sup>, ya que de lo contrario habría que acudir a la protección de otros delitos (allanamiento de morada contra la voluntad del morador sin violencia del art. 202-1 CP). Por lo tanto, en los casos de ocupación “pacífica” el ámbito de aplicación de la norma es más restringido.

Del marco de delitos establecidos por el Código penal se desprende fácilmente que la multitud de supuestos que pueden derivarse de la casuística pueden tener diferentes encajes en función de la dispar interpretación de los elementos que conforman el tipo. En particular adquieren especial relevancia dos: el de morada (o vivienda habitual) y el de violencia o intimidación para ocupar o usurpar la misma. Se entiende que la violencia o intimidación en la usurpación debe dirigirse contra las personas, correspondiéndose con los elementos para el robo con violencia o intimidación y pudiendo recaer sobre el dueño del inmueble, el titular del derecho real usurpado o un tercero<sup>6</sup>, y por tanto no contra las cosas.

Pero el concepto penal de violencia previsto en la norma se ceñiría a la violencia contra las personas. La acción de ocupación quedaría más diferenciada. Esta es señalada por la jurisprudencia penal como la que comprendería el ejercicio de los actos materiales propios del contenido del dominio: la entrada en el lugar, su cerramiento o cercamiento, la realización de obras en él o el aprovechamiento de sus posibilidades económicas por parte del usurpador (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 17ª, núm. 145/2004 de 20 febrero)<sup>7</sup>.

La fuerza en las cosas para acometer la ocupación (rotura o forzamiento de puertas, ventanas) no es entendida por la doctrina como subsumible en la violencia descrita por el tipo de usurpación. Se ha descrito como inidónea, en el sentido que sólo con fuerza en las cosas el delito de usurpación sería atípico. Si sólo se acredita la actuación del

---

<sup>5</sup> QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario al artículo 245», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016 p. 645, el cual interpreta que el tipo del art. 245-2 no deba ser una casa habitada, pudiéndose incluir las viviendas de utilización temporal que durante la mayor parte del tiempo estén vacías. Este autor señala dos notas principales para excluir a la vivienda del tipo: por un lado, que el inmueble esté totalmente abandonado. Por otro lado que exista una persona con capacidad de autorizar la ocupación o uso del inmueble cuyo permiso no se tiene.

<sup>6</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). De la extorsión. Del robo y hurto de uso de vehículos. De la usurpación.», cit. p. 493. En igual sentido QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial.*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015 p. 520, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial.*, 20, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015 p. 364.

<sup>7</sup> En similar sentido las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valladolid (Sección 4ª), núm. 183/2016 de 16 junio. JUR 2016\186566; de Madrid (Sección 16ª), núm. 862/2013 de 26 diciembre. JUR 2014\55170; de La Rioja (Sección 1ª), núm. 97/2010 de 31 marzo. ARP 2010\878; de Cantabria (Sección 3ª), núm. 278/2016 de 29 septiembre. JUR 2017\58855 o Zaragoza (Sección 1ª), núm. 149/2016 de 6 mayo. JUR 2017\85467, entre otras.

ocupante contraria a la voluntad del sujeto propietario del inmueble ocupado, no habría delito<sup>8</sup>.

La consecuencia de todo ello es que la usurpación empleando fuerza en las cosas sin violencia o intimidación contra las personas constituiría solamente el tipo de la ocupación “pacífica” del art. 245-2<sup>9</sup>.

Al tener la violencia un contenido determinante del delito, y su ausencia conlleva o bien la atipicidad o bien el encaje en el tipo de ocupación pacífica (en función de las circunstancias), la propia doctrina penal se remite a la posibilidad de ejercitar acciones civiles orientadas a restablecer la integridad o el pacífico disfrute de los derechos patrimoniales vulnerados<sup>10</sup>. Por ello, la ilegalidad en la ocupación de un inmueble no tiene por qué significar que las actuaciones del ocupante tengan naturaleza delictiva a los efectos del Código penal.

De este modo, la doctrina procesal ha considerado que la regulación penal del delito de usurpación es insuficiente para garantizar al propietario el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>11</sup>. No sólo por el carácter limitativo del tipo penal, sino por las múltiples vicisitudes para la aplicación del mismo, como la posible apreciación del eximente de situación de necesidad (Sentencia de la sección 3.ª de la AP de Madrid número 159/2016, de 23 de marzo) o la absolución al imputado por haberse quedado acreditado que el ocupante había pagado a un tercero para vivir allí (Sentencia de la Sección 29 de la AP de Madrid número 486/2016, de 29 de septiembre).

Aun así, los tribunales han posibilitado el desalojo del ocupante del inmueble como medida cautelar en los procesos penales incoados por el delito de usurpación pacífica. Por ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 469/2010 de 29 de septiembre, que entiende incluidos los presupuestos para el delito de usurpación pacífica<sup>12</sup>, el Auto de la AP Sevilla (Sección 1ª), núm. 771/2009 de 25 noviembre o el Auto de la AP de Madrid, Sección 5ª, núm. 1153/2005 de 20 abril.

---

<sup>8</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial.*, cit. p. 520.

<sup>9</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial.*, cit. p. 364, MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.», en LAMARCA PÉREZ, C., ALONSO DE ESCAMILLA, A., MESTRE DELGADO, E. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (coords.) *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3, Majadahonda, Madrid, Colex, 2015 pp. 355-356.

<sup>10</sup> QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario al artículo 245», cit. p. 643.

<sup>11</sup> PÉREZ DAUDÍ, V. Y OTROS, «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», cit. edición digital.

<sup>12</sup> “Para adoptar la medida cautelar solicitada deben darse indicios de criminalidad contra determinadas persona a las que afecte la adopción de las medida cautelares, y conforme al tipo objeto de imputación del 245.2 del CP dedicado a la ocupación de inmuebles ajenas sin autorización, se precisa: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia -extremo reconocido por todos los imputados-. b) Que el realizador de

No obstante la jurisprudencia penal es contradictoria, pues otros órganos jurisdiccionales (como la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona núm. 434/2001 de 6 noviembre) han entendido que el art. 245.2 del Código Penal debe interpretarse restrictivamente, en tanto que el derecho penal es la última ratio del *ius puniendi* del Estado. Además, la posesión por ocupación pacífica no tendría -a juicio del JP- por qué causar perjuicio económico de clase alguna a los sucesivos titulares del inmueble, ya que la posesión y uso real era inexistente antes de ser utilizado por los acusados (argumento claramente criticable). El Juzgado barcelonés incluso llega a considerar que en los casos de usurpación pacífica resultaría más adecuado acudir a la vía civil: *“En el caso sometido a juicio, resulta evidente que el desalojo de la finca por parte de sus moradores coyunturales hubiera podido obtenerse sin mayores dificultades por la vía civil, si la propiedad consideraba que carecían de título o buena fe”*. De este modo, la vía de las medidas cautelares en el proceso de usurpación pacífica en la jurisdicción penal puede no dar una protección adecuada o favorable.

Pero la desprotección se pone aún más de relieve cuando la respuesta del Derecho penal incluso castiga a la víctima de la ocupación ilegal de la vivienda. Y esto es así porque el propietario de la vivienda ocupada debe seguir afrontando los gastos de electricidad, calefacción o agua del domicilio ocupado. De lo contrario podría ser considerado autor de un delito de coacciones agravadas al tener por objeto *“impedir el legítimo disfrute de la vivienda”* del art. 172-1 párrafo 3º del Código Penal. Esta es la postura seguida por la jurisprudencia, que incluso reconoce la injusticia de tal situación.

Citamos, a modo ejemplificativo, la Sentencia de la AP de Cantabria (Sección 1ª) núm. 334/2012 de 16 julio, si bien aplicado a un impago de arrendamiento (aplicable

---

*esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente y en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión -extremo reconocido por todos los imputados-. c) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", que en tal caso deberá ser expresa -basta la remisión al contenido de la denuncia y actuación policial (folio 11 y siguientes de la causa). d) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio -todos los imputados reconocieron no poseer título habilitante para poseer el inmueble y la ajeneidad del mismo-. El bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella. Se afirma, por último, que el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no resulta de aplicación al caso presente por cuanto no se ha acreditado su necesidad y urgencia, así como tampoco la existencia de ningún perjuicio. Ahora bien, ciertamente si se ha producido y se produce un delito de usurpación no parece razonable que el hecho punible continúe desplegando efectos hasta el pronunciamiento de la sentencia. El delito de usurpación es un delito permanente y caso de que se considere su existencia en el caso concreto pueden adoptarse las medidas oportunas para evitar que continúe la situación ilícita. Por tanto, esta medida cautelar no tiene por objeto garantizar el buen fin del proceso o el cumplimiento de una sentencia futura sino dar fin a la comisión del hecho delictivo”*.

*mutatis mutandi* a una situación de ocupación ilegal, si la vivienda ilegalmente ocupada acaba convirtiéndose en la morada del ocupante): “*la conducta consistente en cortar o interrumpir el suministro de energía eléctrica a una vivienda por parte del propietario de la misma, como medida de retorsión ante el hecho de que el inquilino haya dejado de abonar la renta y otros gastos (...) constituye el ilícito penal de coacción. Esta situación, injusta a todas luces, sin embargo no puede justificar la conducta consistente en acudir a la vía de hecho interrumpiendo el suministro de energía eléctrica a la vivienda<sup>13</sup> - pese a que no se abona por el arrendatario-, debiendo la arrendadora iniciar el correspondiente procedimiento para recuperar la posesión del inmueble de su propiedad y reclamar los importes adeudados por el inquilino*”<sup>14</sup>, así como SAP de Murcia (Sección 2ª), núm. 64/2002 de 29 abril o la SAP de León (Sección 3ª), núm. 12/2004 de 24 septiembre.

En definitiva, mientras que la ocupación no consentida en la vivienda con fuerza en las cosas constituye la máxima manifestación de la vía de hecho, no siempre tutelable penalmente, la reacción de hecho de la víctima que sea propietario en defensa de sus derechos sí que podría llegar a constituir ilícito penal.

### **3. LAS VÍAS PREEXISTENTES EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL PARA LA RECUPERACIÓN DE LA VIVIENDA**

La Ley de Enjuiciamiento Civil , en su redacción anterior a la Ley 5/2018, de 11 de junio, establecía cuatro categorías de procedimientos sumarios cuya consecución llevaría aparejada el lanzamiento (despojo de la posesión por fuerza judicial, en su quinta acepción de la RAE) del ocupante de una vivienda<sup>15</sup>.

En primer lugar destacarían los juicios de desahucio de naturaleza arrendaticia. Estos procedimientos tendrían como presupuesto la suscripción de un arrendamiento, de naturaleza rústica o urbana, respecto del cual el arrendatario no paga la renta o expira el plazo legal o contractual, como se establece en el art. 250.1.1 LEC. En definitiva, una institución de origen y naturaleza contractual, protegida por el derecho.

---

<sup>13</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>14</sup> En contra, vid Auto de la AP de Girona (Sección 4ª) núm. 543/2016 de 29 septiembre (JUR 2017\52326): “*el legislador ha querido que sea en el marco de la referida Ley y su desarrollo reglamentario donde se resuelvan el tipo de conflictos planteado por la apelante, debiendo confirmarse por ello la decisión de la juez de instrucción, que está inspirada en el principio de intervención mínima del Derecho penal, siendo fácilmente imaginable lo que sucedería si cuestiones relacionadas con el incumplimiento de los contratos de suministros esenciales para la comunidad, tuviesen que ser resueltos por la jurisdicción penal*”.

<sup>15</sup> CARRILLO FUILLERAT, D., «Procedimientos que llevan aparejado el lanzamiento», *Diario La Ley. Sección Tribuna*, vol. 9289, 2018 edición digital.



De este tipo de procedimiento es preciso subrayar una circunstancia, y es que como cabe deducirse el ámbito de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos no resulta de aplicación a los supuestos de ocupación ilegal.

La propia jurisprudencia ha ido adquiriendo un matriz restrictivo en este sentido. Así se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) núm. 98/2016 de 17 marzo, en relación a un subarriendo no consentido por el propietario arrendador del bien inmueble (como exigiría el art. 8 de la propia LAU) pero sí por el arrendatario. El propietario inició un procedimiento sobre tutela de derechos reales inscritos contra los ocupantes del inmueble. La Audiencia Provincial de Barcelona entendió que, al expedirse el documento por quien no era titular registral del inmueble, no tenía cabida en ninguno de los motivos tasados de oposición del art. 444.2 de la LEC, y que los eventuales contratos de suministros o de seguros de hogar no constituían título que legitimase la posesión de los ocupantes demandados. En un sentido similar se pronuncia la misma Audiencia de Barcelona (Sección 4ª) en su Sentencia núm. 494/2017 de 30 junio, entendiendo que el contrato de subarriendo no consentido por la arrendadora (propietaria) y bajo su desconocimiento en prohibición del art. 8 LAU lo es sin causa o con causa ilícita, y por lo tanto no susceptible de producir efecto alguno. Entre estos efectos destaca la Audiencia que la actora carece de legitimación de derecho material respecto de un contrato que no produjo efecto alguno<sup>16</sup>.

De ello cabe extraerse una idea concreta: el ámbito contemplado entre los artículos 1 y 5 (ambos incluidos) de la Ley de Arrendamientos Urbanos debe entenderse restringido sólo a los supuestos que contempla. Y por lo tanto, cualquier ocupación del inmueble ilícita, anómala o establecida fuera de los términos previstos en la propia Ley de Arrendamientos Urbanos y que sobrepasen la relación contractual entre el propietario arrendador y el arrendatario impedirá la posibilidad de acudir a la vía procesal del desahucio arrendaticio<sup>17</sup>. Ello podría suceder en el supuesto que se ha puesto como ejemplo anteriormente: el subarriendo no consentido por el propietario, en el que el arrendatario celebra un contrato de arrendamiento paralelo sin el conocimiento o la voluntad del propietario del inmueble. Las acciones contra el subarrendatario no consentido o ejercidas por él mismo habrán de quedar fuera de la posibilidad de acudir al

---

<sup>16</sup> Si bien en el caso que se cita la parte arrendataria del contrato de arrendamiento actuaba como subarrendadora en un juicio de desahucio contra la subarrendataria.

<sup>17</sup> Salvo los supuestos habilitadores del desahucio contemplados en el art. 1569 del Código Civil, que con las nuevas modalidades de arrendamiento han surgido en los últimos años (como alquiler habitacional por medio de plataformas online) se le prevé una aplicación cada vez mayor en detrimento de la LAU. Sirva como ejemplo la Sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 168/2019 de 28 de marzo, la cual entiende que el arriendo de una habitación, con atribución del derecho a usar las zonas comunes de una vivienda (baño, sala y cocina) no se encuentra sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos sino a lo pactado por las partes y a lo dispuesto en el derecho civil general para el arrendamiento de cosas.

desahucio por falta de pago o expiración del plazo. Ello constituye un claro argumento adicional para debatir una posible adaptación, reforma o fortalecimiento del tradicional proceso sumario de perturbación en la posesión.

En segundo lugar conllevaría igualmente lanzamiento el desahucio por precario. En este procedimiento (art. 250.1.2.º LEC) el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca pretendería la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario. La figura del precario, sólo regulada procesalmente, puede entenderse como la mera posesión tolerada o graciosa de un inmueble, basada en el puro ánimo liberal del concedente sin que el beneficiario (o precarista) tenga que pagar renta<sup>18</sup>. Aun siendo una institución de hecho no presupone una ocupación ilegal o no consentida a manos del propietario o titular del derecho real, sino todo lo contrario, tolerada por el mismo.

Por ello, la propuesta de ley que formuló en el año 2016 la Comisión Normativa del Consejo de la Abogacía Catalana y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona entendió que, si bien la vía del desahucio por precario es habitualmente empleado en la práctica para recuperar la posesión, en puridad y en términos puramente técnicos en la ocupación no consentida no existe la figura del precario. Ello se debe al hecho de no haber un uso tolerado del propietario o titular del derecho de posesión del inmueble, siendo esto nota característica de dicha institución. El fundamento del uso tolerado por el propietario como distinción entre la ocupación y el precario es igualmente apuntada por la doctrina<sup>19</sup>.

En el tercer grupo de procedimientos propiciadores del lanzamiento se encontrarían los procedimientos de naturaleza posesoria. Aquí se incluiría el genérico procedimiento de reintegración de la posesión o antiguo interdicto posesorio, regulado en el art. 250.1.4.º LEC, en el que el propietario reclamaría la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. Igualmente se incluirían el procedimiento posesorio hereditario del art. 250.1.3.º LEC, que perseguiría la puesta en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia, o los procedimientos en los que se persiga adquirir (art. 250.1.3.º LEC) o de retener y recobrar (igualmente previsto en el art. 250.1.4.º LEC).

Finalmente en el cuarto grupo cabrían incluirse los incidentes de puesta en posesión derivados de procesos de ejecución. Aquí se incluiría el incidente al que se encuentra legitimado el ejecutante pidiendo, antes de anunciarse la subasta, que el Tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble

---

<sup>18</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, E., «Desahucio por precario», *Actualidad Civil*, vol. 7, 1, 2008 p. 719.

<sup>19</sup> PÉREZ DAUDÍ, V. Y OTROS, «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», cit. edición digital.

(art. 661 LEC) y el incidente de puesta en posesión del adquirente tras la adjudicación del inmueble subastado (art. 675 LEC).

Pero la proposición de ley de 2016 la Comisión Normativa CICAC-ICAB entendió que los enunciados cauces procesales resultaban insuficientes para pretender una tutela sumaria frente a la ocupación no consentida de un inmueble. Por un lado, para acceder a algunos de dichos procedimientos se requiere unos presupuestos previos bien de naturaleza contractual o de consentimiento (desahucio arrendaticio o precario), o ejecutiva. Y la demanda para recuperar la tutela sumaria de la posesión (procedimientos de naturaleza posesoria) tendrían a juicio de la Comisión Normativa dos limitaciones: la aplicación del plazo de caducidad de la acción posesoria un año a contar desde que se produce el despojo del art. 439 ; y por otro la necesidad de acreditación de un estado posesorio previo, que puede no producirse en numerosas ocasiones (recibimiento del inmueble por herencia o adquisición en una ejecución o concurso de acreedores, párrafo 5º de la propuesta de la Comisión Normativa).

En cualquier caso el Código Civil sí establece en su artículo 441 una imposibilidad amplia para adquirir la posesión de hecho o de forma violenta, al establecerse que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello, que el Derecho procesal debe garantizar de la forma más garantista y ágil posible.

Y es que como señalan algunos autores, la ocupación no consentida ni tolerada no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna del art. 47 de la Constitución. Por ello, a pesar de la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, las jurisdicciones civil y penal deben garantizar el establecimiento de los cauces legales oportunos para recuperar las viviendas ilegalmente ocupadas<sup>20</sup>.

### **III. CONTENIDO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO Y ESPECIALIDADES PROCESALES AL PROCESO SUMARIO DE DESPOJO O PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN**

Las especialidades procesales establecidas en la nueva Ley 5/2018, de 11 de junio dotan de una nueva dimensión más concreta y especializada al tradicional proceso sumario o interdicto de despojo o perturbación en la posesión, que como hemos comentado se ha encontrado regulado tradicionalmente en el art. 250.1.4.º LEC<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> URRUTIA SAGARDÍA, E., «Medidas para la recuperación inmediata de la ocupación ilegal de viviendas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, vol. 942, 2018 p. 6.

<sup>21</sup> De hecho, algunos autores afirman que no se trata de un procedimiento nuevo, sino de una variante del interdicto de retener y recobrar la posesión del art. 250.1.4 LEC. Vid. SCHUMANN

El objetivo fundamental ha sido dotar al proceso verbal de recuperación de la posesión de una regulación que lo configurase como un mecanismo procesal ágil en la vía civil idóneo para permitir la defensa de los derechos de titulares legítimos de viviendas. Así lo declara el propio preámbulo de la Ley 5/2018. No obstante, de los recientes datos de estadística judicial elaborada por el Consejo General del Poder Judicial puede extraerse que esa agilidad o rapidez en la tramitación dista mucho de ser la pretendida por el legislador<sup>22</sup>.

El primer precepto modificado es un nuevo apartado (cuarto) al art. 150 LEC, en virtud del cual *“Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados”*. Este texto no se propone en la redacción original de la proposición CICAC-ICAB, sino que se incorpora como enmienda en el Senado durante la tramitación de la ley (enmienda 6ª) por el Grupo Parlamentario Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea, bajo la justificación de concretar las actuaciones que se pretende que realicen los servicios públicos competentes en materia de política social a fin de garantizar que no se produzca ninguna situación de desamparo. Consideramos que este precepto no se aplicaría exclusivamente al nuevo procedimiento sobre ocupación ilegal de inmuebles, ya que por su ubicación (en el artículo relativo a la notificación de resoluciones procesales) se haría extensible a todos los procedimientos que tuviesen como resultado el lanzamiento de un ocupante de una vivienda, con independencia de la forma de ocupación y el título preexistente.

Esta tendencia reglamentaria se acentúa específicamente para el proceso de recuperación de vivienda con el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, que introduce un párrafo quinto al artículo 441 en virtud del cual recae la obligación de comunicar de oficio por el Juzgado la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que dichos servicios sociales confirmasen que el inmueble afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Con esta comunicación el Letrado de la Administración de Justicia deberá suspender el proceso (e incluso el lanzamiento si se hubiese señalado) hasta

---

BARRAGÁN, G., «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas.», *Diario La Ley*, vol. 9264, 2018 edición digital.

<sup>22</sup> De este modo, en el año 2018 fueron ingresados 1740 solicitudes, de las cuales fueron resueltos tan solo 638 asuntos (quedando 1124 asuntos en tramitación). En el primer trimestre del año 2019 fueron ingresados 901 asuntos, de los que han sido resueltos 647. Teniendo en cuenta los asuntos que quedaron en tramitación al término del año 2018, a día de hoy quedan 1379 asuntos por resolver. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales. Datos provinciales desde 2013 hasta el primer trimestre de 2019. Sección de estadística judicial, Verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas.

que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes. Finalizado dicho plazo, el proceso habrá de retomar el cauce en el que hubiese sido suspendido.

El segundo precepto modificado correspondería al art. 250, añadiéndose un segundo párrafo al párrafo 4º del apartado primero, en virtud del cual *“Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social”*. El proyecto original CICAC-ICAB comprendía gran amplitud en el elenco de personas con legitimación activa para instar la puesta en posesión, bastando con ser el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la vivienda. El Proyecto presentado por el Partit Demòcrata matizó la legitimación activa al hecho de que *“se trate de personas físicas, o bien de entidades sociales y de administraciones públicas tenedoras de un parque de vivienda de alquiler social”*. Finalmente, con una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (enmienda 7) se limitó al texto actual, es decir, a personas físicas o entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer la vivienda. De hecho, algunos autores consideran criticable la restricción del nuevo procedimiento posesorio a entidades con ánimo de lucro por constituir una diferencia injustificada ante el titular de la propiedad a los efectos del art. 33 CE, obligando a acudir a un cauce insatisfactorio<sup>23</sup>.

El carácter limitado del procedimiento tendría una consecuencia directa, y es la posible restricción de acudir a la vía del desahucio precario a las personas excluidas del ámbito de la reforma operada por la Ley 5/2018. Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha venido interpretando el concepto de precario de forma amplia, más allá de los límites tradicionales, incluyendo la posesión sin título (concepto en el que podrían caer los *“okupas”*): *“una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue*

---

<sup>23</sup> Vid, JIMÉNEZ PARÍS, J. M., «Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas», *Diario La Ley*, vol. 9262, 2018 edición digital. En igual sentido vid. SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la Ley 5/2018, de 11 de junio», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 46, 2018 edición digital. Este es un aspecto criticado por la doctrina, que señala que el legislador ha dejado fuera de este procedimiento a los mayores afectados y perjudicados por las ocupaciones ilegales de inmuebles, los bancos y otras entidades. Estos quedarían abocados a seguir utilizando los antiguos procedimientos para poder obtener, en meses o años, el desalojo de los que han ocupado ilegalmente sus inmuebles. Vid. PERARNAU MOYA, J., «Desalojo de «okupas»», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, vol. 5, 2019, p. 68.

*una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho*<sup>24</sup>. La especificación del legislador podría provocar la decadencia de tal doctrina del Tribunal Supremo, en tanto que se da por bueno el cauce procesal de aquel precepto para supuestos de concepto amplio de precario<sup>25</sup>. Se hace por tanto, necesario, que el legislador delimite el cauce jurídico a seguir por las personas que, no siendo legitimadas activas para acudir al cauce del procedimiento para la ocupación ilegal de viviendas, sufran una ocupación ilegal.

De hecho algunos tribunales, como la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 4ª) en su jurisprudencia (sentencia núm. 659/2018 de 11 octubre) han considerado que, aun regulándose el nuevo procedimiento de ocupación ilegal de viviendas, si el particular opta por ejercitar una demanda de desahucio por precario en base al artículo 250.1.2º de la LEC, acudir a la vía del desahucio precario no significa que el procedimiento sea inadecuado. Esta interpretación reconocería la libertad de opción de las dos vías procesales al propietario del inmueble, sin que el concepto jurisprudencial amplio de precario se vea modificado por la nueva Ley.

El requisito establecido para que las personas comprendidas en el nuevo art. 250-1 párrafo 4º-2 puedan acceder al procedimiento serían dos: 1.- que se hayan visto privados de la vivienda sin su consentimiento y 2.- que sean propietarias o poseedoras legítimas por otro título. Respecto al primer requisito el artículo no hace alusión a la forma en la que se privaría de la posesión, pudiendo ser la vía de la fuerza en las cosas, violencia contra las personas, o simplemente la mera desaprobación o ausencia de consentimiento del propietario, manifestada de cualquier forma<sup>26</sup>. El tenor del artículo tampoco obliga a que la vivienda a recuperar sea la habitual o vacacional, en tanto que no distingue si debe tratarse de viviendas vacías o habitadas<sup>27</sup>. Respecto al segundo párrafo, entendemos que además de la propiedad se incluirían en el ámbito objetivo de la norma todos los derechos que en base a la legislación civil concedan la posesión

---

<sup>24</sup> Vid. SSTS (Sala 1ª) nº 110/2013, 28 de febrero (RJ 2013, 2162) ; 557/2013, 19 de septiembre (RJ 2013, 7428) y 545/2014, de 1 de octubre (RJ 2014, 4613).

<sup>25</sup> FRAGA MANDIÁN, A., «La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas: Aspectos de interés», *Editorial jurídica Sepín*, 2018 edición digital.

<sup>26</sup> En este sentido la doctrina entiende necesario precisar qué debe tenerse en cuenta como ausencia del consentimiento a la hora de acceder al procedimiento, pudiendo diferenciarse entre la posesión sin título previo (acceso violento o clandestino), quien ostentaba título previo (arrendatario) o quien sin título contaba con el simple consentimiento del propietario (como el precario). Vid. BASTANTE GRANELL, V., «Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos «ocupa» y «ocupado»», *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 47, 2018 edición digital.

<sup>27</sup> Como resume CABRERA MERCADO, R., «Entrevista en ¿Qué puedes y qué no puedes hacer si «okupan» tu casa?», *Diario Sur*, 2018, Málaga, fecha de consulta en <https://www.diariosur.es/malaga/puedes-puedes-okupan-20180901194412-nt.html> edición digital.

(arrendamiento, usufructo, servidumbres...). No se incluiría la recuperación de la finca cedida en precario, tanto por carecer de regulación sustantiva civil (su protección es meramente procesal) como por seguir conservando su régimen jurídico y especialidades.

Al art. 437 LEC se incorpora un apartado 3º bis que introduce importantes modificaciones en lo que respecta a la legitimación activa en los procesos civiles. En este tipo de procedimientos, la demanda podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación<sup>28</sup>. Esta novedad constituye una clara excepción a la regla que impera el proceso civil, en base a la cual constituye una carga del demandante consignar en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado en base a los arts. 155 y 399-1 de la LEC.

Del texto, además de la introducción del nuevo art. 441-1 bis se interpreta que continúa siendo obligatorio proceder a la notificación de parte en base al art. 150, pero contemplando la posibilidad de que a lo largo del proceso la persona contra la que se dirija el proceso pueda ser otra o no quiera manifestarse (*“la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquélla. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda”*). Si bien esta medida puede constituir una respuesta al posible fraude de cambio de personas empleado por ocupantes para dilatar el procedimiento, quizás hubiese sido preferible -al igual que ocurre en la subasta del proceso de ejecución- establecer un portal web donde se publiquen los procesos de esta naturaleza iniciados para evitar perjuicios a adquirentes de buena fe (piénsese, por ejemplo, en la vivienda arrendada a un tercero por un ocupante o publicitada en una página web o aplicación que simule ser el legítimo propietario, existiendo un procedimiento en curso).

Además se establece como presupuesto de procedibilidad que a la demanda se deberá acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer. De este modo la ley exige un principio de prueba documental, sin la cual se carecerá de la posibilidad de acceso al procedimiento.

El procedimiento se sustanciaría conforme al art. 441-1 bis . En el decreto de admisión de la demanda se requerirá a los ocupantes que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación, el título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer.

---

<sup>28</sup> Introducido a la Proposición de Ley por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, a través de la enmienda nº 8, bajo la justificación de regular el problema de la legitimación pasiva en este tipo de procedimientos.

Contra el auto que decida sobre dicho incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda.

La redacción de este artículo se ha ido igualmente diluyendo en lo que respecta a la propuesta original. Tanto en la propuesta original CICAC-ICAB como en la Proposición de Ley se planificó que el Tribunal debía acordar de forma simultánea con el traslado de la demanda para su contestación la entrega de la posesión inmediata al demandante sin exigir caución ni concurrencia de peligro por la mora procesal, como medida cautelar específica al catálogo establecido en el art. 727 LEC, quedando al demandado como vía la oposición al Auto de medidas cautelares en la forma establecida en el art. 739 LEC. Tal proposición fue corregida a través de la enmienda presentada por el Grupo Popular en el Congreso de los Diputados (enmienda 11), quedándose en el texto hoy aprobado.

Con el trámite actualmente regulado se pretende que el Tribunal no proceda a lanzar a los ocupantes hasta que demuestren, en un breve plazo de cinco días, los posibles documentos habilitantes de la posesión. Al igual que con el demandante, se exige un medio de prueba escrito. Igualmente el legislador vuelve a aplicar la "técnica monitoria"<sup>29</sup>: se deja un plazo al demandado para que conteste oponiéndose, atribuyendo un valor a la incomparecencia (decretándose inmediata entrega de la posesión de la vivienda y lanzamiento).

Cabe destacar que el legislador no clarifica si la puesta en posesión inmediata del inmueble decretado en base al art. 441-1 bis se trata de una medida cautelar o la resolución definitiva del procedimiento. La naturaleza cautelar de la puesta en posesión inmediata sí se desprende de la propuesta de ley de la Comisión Normativa del CICAC-ICAB, donde incluso se propone la reforma de los artículos correlativos a la regulación de las medidas cautelares específicas. Dada la forma de Auto en la que debe plasmarse y el hecho de que no se prevé la finalización del procedimiento con dicha medida (debiendo proseguir hasta el dictado de sentencia que establece el art. 444-1 1 bis) debe deducirse que la puesta en posesión inmediata efectivamente tiene naturaleza asimilada a la cautelar. No obstante, resalta el carácter inmediato en el que se decretaría dicha medida y la resolución final de procedimiento, sobre todo en casos de no contestación del ocupante del inmueble, y que serían susceptibles de provocar confusión en la praxis forense.

---

<sup>29</sup> La similitud con el proceso monitorio es puesto de relieve por ARIZA COLMENAREJO, M. J., «Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas», *Diario La Ley*, vol. 9245, 2018 edición digital. Según la autora, no queda claro muy claro si el legislador ha pretendido implantar un proceso sumario (más similar al desahucio arrendaticio), o un proceso similar al monitorio en el que la aportación documental del título en que el actor funda su derecho a poseer es suficiente para ejecutar el auto de inmediata entrega de la posesión de la vivienda.



En la fase inicial y una vez resuelto el incidente derivado del traslado de la demanda el tribunal decidiría el estado posesorio por medio de Auto. Pero la técnica monitoria no sólo se aplica a la notificación de la demandada (con la obligación inicial del demandado de presentación de documentos justificantes de la oposición), sino igualmente a la contestación a la demanda. Y es que igualmente se incorpora un art. 444-1 bis , en base al cual si el demandado o demandados no contestaran a la demanda en el plazo legalmente previsto, se procederá de inmediato a dictar sentencia.

El legislador, consciente de la necesaria independencia del Poder Judicial, no establece límites al contenido de la sentencia, si bien se desprende que de las resultas del procedimiento y ante la pasividad del demandado presumiblemente tenderá a ser de condena, máxime habiéndose sido admitida a trámite la demanda a través de dicho cauce procedimental con la motivación especial que requeriría (salvo que el Tribunal corrigiese en sentencia una grave apreciación de los presupuestos de hecho que habilitan al titular de derechos reales a acudir a este procedimiento, aceptada por el Letrado de la Administración de Justicia a la hora de admitir a trámite la demanda) y habilitaría de este modo al lanzamiento.

Igualmente, y como proceso de naturaleza sumaria se limitan las causas de oposición del demandado, pudiendo únicamente fundarse la contestación de la demanda en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor. En este sentido, entendemos necesariamente aplicable la carencia de efecto de cosa juzgada previsto en el art. 447 LEC.

Y para facilitar la celeridad, expresamente se prevé que la sentencia estimatoria de la pretensión permitirá su ejecución -previa solicitud del demandante- sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548 LEC.

#### **IV. LA VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO CONFORME A LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Habiendo delimitado el contenido y alcance del nuevo procedimiento sumario para la recuperación de viviendas, es preciso estudiar su conformidad con los estándares previstos en el Derecho constitucional español y en los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante CEDH).

El estudio de los derechos consagrados en el CEDH y su jurisprudencia derivada adquiere una dimensión especial en relación con los Derechos fundamentales de la Constitución Española, en tanto que como establece el propio art. 10-2 de la Constitución las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

De este modo es preciso tener en cuenta una idea fundamental: la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se orienta a proteger la ágil recuperación de la puesta en posesión de los edificios ocupados ilegalmente frente a la ausencia de actuación por parte de las autoridades.

Con carácter preliminar el artículo 8-1 del CEDH establece que “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”. El Derecho fundamental al respeto al domicilio, así como a la vida privada y familiar se ha plasmado en múltiples constituciones europeas<sup>30</sup>.

En particular, en párrafo 2º del art. 8 CEDH se establece una cláusula de limitación especialmente amplia, en virtud de la cual no se considerará como injerencia de la autoridad pública (y por lo tanto no se entenderá lesionado este derecho) cuando esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. De este modo, la relación entre la proclamación del derecho y la amplitud de la cláusula de limitación constituirá un incentivo interpretativo para el TEDH para mantener el ámbito de aplicación del art. 8 con un carácter especialmente abierto<sup>31</sup>. De este modo el juicio de proporcionalidad de la intervención del Estado será un factor de especial relevancia a tener en cuenta para determinar la extensión de este derecho.

Son diversas las resoluciones judiciales que han limitado las facultades de los tribunales exigiendo un juicio de proporcionalidad<sup>32</sup>. Es decir, el TEDH exige que el juez nacional debe tener la posibilidad de entrar a considerar las diversas cuestiones en

---

<sup>30</sup> Entre otros, art. 18 de la Constitución Española al que se aludirá posteriormente, 14 de la Constitución Italiana, art. 13 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, art. 9 de la Constitución de Grecia, 34 de la Constitución de Portugal, entre otras.

<sup>31</sup> SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.; MIERES MIERES, L. J. Y PRESNO LINERA, M. Á., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2007 pp. 64-65. De hecho la doctrina especializada interpreta el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos de forma especialmente abierta, obligando al juez a tener en cuenta no sólo las estrictas condiciones jurídicas sino las circunstancias personales del ocupante de la vivienda que le impidan afrontar el pago de la renta o el préstamo, en línea con las Sentencias del Tribunal Supremo de Reino Unido *Unido Manchester City Council v Pinnock & Ors* [2010] de 3 de noviembre, y del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales *Bracknell Forest Borough Council v Green & Anor* [2009] de 20 de marzo. Vid. Bright, S. y Whitehouse, L., *Information, Advice & Representation in Housing Possession Cases*, 2014, p. 11.

<sup>32</sup> Entre otras, Sentencia del TEDH (Sección 4ª) de 13 mayo 2008, caso McCann contra Reino Unido (demanda nº 19009/2004); Sentencia del TEDH de 25 julio 2013 (Sección 5ª), caso Rousk contra Suecia, demanda nº 27183/2004; o la Sentencia del TEDH (sección 1ª) de 16 de julio de 2009 (JUR 2009\338408), caso Zehentner contra Austria, demanda núm. 20082/2002, entre muchas otras.

relación a la proporcionalidad de la orden de restitución de la posesión de la vivienda, y de examinar si la pérdida de la vivienda es proporcional respecto a los fines legítimos que persigue el artículo 8.2 CEDH como justificación de la injerencia de la administración.

No obstante, el juicio de proporcionalidad ha sido aplicado por el TEDH a supuestos de ocupación incontestada de la vivienda. Tal es la postura sostenida por la Sección Primera del TEDH en su reciente Sentencia de 13 de diciembre de 2018, caso Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. contra Italia (demanda nº 67944/13). En tal caso la Sección Primera del TEDH entendió que, al abstenerse las autoridades judiciales italianas de tomar todas las medidas necesarias para cumplir con una decisión judicial definitiva y ejecutiva que ordenaba la puesta en posesión de una vivienda durante más de cinco años desde la ocupación ilegal se conculcó el art. 6-1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en las vertientes de Estado de derecho y seguridad jurídica. No se entendió admisible una demora tan prolongada, aun mediando razones de orden público o carácter social, pues además la empresa propietaria era responsable de los costos de energía de los ocupantes del inmueble (demostrándose que la misma tuvo que hacer frente a los 30.000 euros de coste de suministro de electricidad consumidos por los ocupantes más el impuesto a la propiedad).

Esta sentencia del TEDH debe estudiarse conjuntamente con la sentencia de la Sección 4ª del TEDH de 18 de septiembre de 2012, caso Buckland contra Reino Unido (demanda nº 40060/2008), en la que se declara que una orden de recobrar la posesión de un terreno que constituía el domicilio habitual de una persona adoptado conforme a Derecho británico era contrario al art. 8 CEDH. El caso Buckland traía causa de una orden de recobrar la posesión (*repossession order*) instada por parte de un ayuntamiento británico contra un poblado gitano asentado en un territorio propiedad de dicho ayuntamiento, cuya licencia de ocupación de caravanas había sido rescindida. Pero la diferencia cualitativa entre el caso Buckland y Casa di Cura Valle Fiorita fue, precisamente, las garantías procesales existentes en el procedimiento de puesta en posesión. El TEDH apreció en el punto 68 de la Sentencia Buckland que en el proceso nacional británico la demandada careció de la posibilidad de alegar que la orden de recobrar la posesión nunca debió ser adoptada. Sólo le cabía la posibilidad de aplazamiento de la ejecución de la orden de recobrar la posesión por un período máximo de doce meses. Esta posibilidad fue entendida como insuficiente por el TEDH para considerar que la legislación nacional proporcionaba las garantías procesales necesarias establecidas en el artículo 8 del CEDH.

De este modo, una imposibilidad legal de impugnar u oponerse a la solicitud de adopción de una orden judicial de puesta en posesión como la que se desprende del

caso Buckland constituye una ausencia de garantías procesales y consiguientemente una clara conculcación al principio de contradicción y tutela judicial efectiva que puede colisionar con el Derecho al domicilio del art. 8 CEDH. Pero en nuestra opinión no sería el caso ni del proceso nacional italiano sustanciado en Casa di Cura Valle Fiorita ni del proceso español de recuperación de la posesión de viviendas ilegalmente ocupadas cuya oposición se encuentra posibilitada por lo dispuesto en el nuevo tenor del art. 444 1 bis .

De hecho la doctrina internacional acepta el hecho de que un proceso nacional puede ser conforme con el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8-1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos siempre que en el proceso judicial el tribunal tenga la facultad discrecional de considerar en términos más amplios la proporcionalidad de la recuperación sobre todos los ocupantes del hogar, en particular los niños y otros ocupantes vulnerables<sup>33</sup>. Tales garantías son salvaguardadas en el procedimiento establecido en la Ley 5/2018, en tanto que el nuevo artículo 441 1 bis regula la posibilidad de trasladar a los servicios públicos competentes comunicación sobre la situación de los ocupantes, en el caso de los mismos se encuentren en situación de especial vulnerabilidad (en el que pueden incluirse a los menores de edad). Además, la doctrina recalca que en el proceso judicial el reconocimiento del derecho independiente de un niño no impedirá (y no debería impedir) la recuperación de la posesión, si bien es imperativo que exista una protección procesal suficiente para que el tribunal pueda actuar atendiendo a la suficiente proporcionalidad cuando sea adecuado<sup>34</sup>, lo que garantiza el legislador procesal español expresamente en la ley 5/2018 mediante el precepto antedicho. En cualquier caso, la doctrina interpreta la jurisprudencia del TEDH en el sentido que correspondían a las autoridades nacionales desarrollar las garantías procesales adecuadas a los efectos del art. 6 CEDH que tutelen el contenido del art. 8 del mismo convenio a la luz de las condiciones jurídicas internas de cada Estado<sup>35</sup>.

Es preciso partir del hecho de que es posible realizar una crítica de constitucionalidad, tanto por la posible vulneración al Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18-2 de la Constitución como el Derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la misma<sup>36</sup>. De hecho, la Ley 5/2018 fue objeto de recurso

---

<sup>33</sup> NIELD, S. Y HOPKINGS, N., «Human rights and mortgage repossession: beyond property law using Article 8», *Legal Studies*, vol. 33, 2013, pp. 452-454.

<sup>34</sup> *Ibid.* pp. 452-454.

<sup>35</sup> NIELD, S., «Cash of the Titans: Article 8, Occupiers and Their Home», en BRIGHT, S. (coord.) *Modern Studies in Property Law*, Hart Publishing, 2019, pp. 126 y ss.

<sup>36</sup> No en vano algunos autores apuntan a una posible colisión en el mandato del derecho a una vivienda digna (art. 47) y al propio tiempo el principio del respeto a la propiedad privada (art. 33) ante la falta de una completa regulación que traslade tales principios al derecho sustantivo español

de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 2018 (BOE núm. 245, de 10 de octubre de 2018, Sec. I, p. 98348).

Los argumentos principales sostenidos en el cuerpo del recurso consistieron en la inconstitucionalidad de la Ley 5/2018 en relación con el art. 18 de la Constitución, relativo al a inviolabilidad del domicilio, y con los arts. 24 (tutela judicial efectiva) y 47 (derecho a la vivienda). No obstante, la mejor doctrina entendió subsanado dicho escollo en tanto que el presunto ocupante sigue conservando plenamente su derecho a un proceso con todas las garantías, contando el demandado con tres ocasiones en las que tendría la posibilidad de ser oído en el proceso. Por un lado el incidente inicial derivado de la admisión en el que tendría un plazo de cinco días para contestar al requerimiento efectuado por el Juzgado para aportar su título de posesión. Por otro en la contestación a la demanda; y por último en el incidente de audiencia al ocupante del bien inmueble en el ámbito del proceso de ejecución<sup>37</sup>.

Otro de los argumentos aducidos en el texto del recurso en relación a la contradicción de la Ley 5/2018 con el Derecho supranacional sería que además se incumplirían las garantías mínimas en materia de desalojos forzosos contenidas en los Principios Básicos y Directrices Sobre los Desalojos y el Desplazamiento Generados por el Desarrollo presentadas por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Vivienda presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 7 de febrero de 2008 (A/HRC/4/18), así como la Observación General nº 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, sobre Desalojos Forzosos, al no dejar margen de apreciación a los tribunales<sup>38</sup>.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Pleno núm. 32/2019 de 28 de febrero de la que fue ponente Andrés Ollero Tassara- afirmó que la prohibición de desalojos forzosos a la que se refieren los instrumentos de Naciones Unidas no se aplica a los desalojos efectuados legalmente y de manera compatible con las normas internacionales de derechos humanos, en particular las referidas al derecho a un proceso con las debidas garantías<sup>39</sup>.

---

y su reflejo en las respectivas leyes procesales civiles y penales. Vid. CONTIJOCH PRATDESABA, R., «Desahucio de ocupantes sin título o título ineficaz», *Editorial jurídica Sepín*, 2018 edición digital.

<sup>37</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 46, 2018 edición digital.

<sup>38</sup> El autor de este artículo desea agradecer públicamente tanto a Elena Hernández Cortés como a Rafael Mayoral Perales su cooperación en la redacción de este estudio al haber proporcionado el texto del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2018.

<sup>39</sup> En una línea similar la doctrina internacional apunta al hecho de que el derecho a un alojamiento alternativo a manos de los Estados en base a la normativa de Naciones Unidas deben

El propio Tribunal Constitucional español asume una línea similar al TEDH a la hora de resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 5/2018, en su Sentencia 32/2019, acogiendo las tesis de la abogacía del Estado planteadas en su escrito de alegaciones.

El Tribunal Constitucional recuerda la legitimidad constitucional de los procedimientos sumarios, y entiende que en el procedimiento establecido en la Ley 5/2018 el demandado tiene la posibilidad de oponerse eficazmente acreditando que dispone de título suficiente que justifique su situación posesoria, o que el título esgrimido por el demandante no es bastante para fundar el derecho a poseer la vivienda.

Es preciso recalcar que otros tribunales constitucionales europeos, y en concreto la Corte costituzionale italiana, se han pronunciado sobre la constitucionalidad de los procesos sumarios posesorios (y en concreto el regulado en el art. 705 del *codice di procedura civile* italiano) en relación al Derecho a la tutela judicial efectiva (regulado en la Constitución italiana en el art. 24). En concreto destaca la Sentencia de 25 de febrero de 1992. En palabras del Tribunal Constitucional italiano, el conocimiento sumario del juez se justifica por la urgencia de la intervención para restablecer un estado de cosas alterado por el comportamiento arbitrario del tercero, pero se construye de tal manera que provoca en el demandado, titular de un derecho sobre la cosa, un sacrificio transitorio y reversible, al que se acogerá la posterior sentencia declarativa de fondo (*petitoria*). Pero se produciría una violación de la tutela judicial efectiva por el Derecho procesal si no se permite la protección judicial del derecho del demandado en el seno del juicio sumario posesorio, y sólo se permite la remisión a un proceso posterior. A este respecto el Tribunal constitucional italiano establece dos parámetros para apreciar hasta qué punto se permite la tutela judicial o no: a) cuáles son las disposiciones procesales mediante las cuales se puede reclamar el daño irreparable; y b) lo que debe tener el perjuicio para ser calificado como irreparable (a modo de ejemplo y como subraya el Tribunal, la posibilidad de transmisión a terceros de buena fe en caso de bienes muebles, o modificar la estructura del bien inmueble)<sup>40</sup>.

Reviste de interés el argumento planteado por la abogacía del Estado en el procedimiento: sobre la configuración legislativa del proceso subyace una razón de interés general que justifica la introducción de este proceso especial. Tal interés sería la injusticia material de la privación de la titularidad de una vivienda por los ocupantes de la

---

restringirse en la medida de lo posible, vid. ANDERSON, M., «The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (The Pinheiro Principles): Suggestions for Improved Applicability», *Journal of Refugee Studies*, vol. 24, 2, 2011, pp. 320-322.

<sup>40</sup> Troncone, F., *Brevi note in tema di rapporto fra giudizio possessorio e giudizio petitorio*, Roma, 2004, pp. 2 y ss.

misma, lo que exigiría una respuesta procesal rápida, si bien sin merma de las garantías derivadas del art. 24 de la Constitución.

En este interés legítimo protegido habría de añadirse otra nota más, plasmado igualmente en las alegaciones de la abogacía del Estado, cual es la proporcionalidad. Si bien el proceso regulado en la Ley 5/2018 da cauce a la tutela de un derecho de naturaleza civil, su configuración se encuentra ideada para servir de alternativa a la tutela penal prevista para el caso del delito de usurpación y que ya se ha comentado en el anterior epígrafe. Bajo esta nota entendemos que el ordenamiento jurídico, si bien parte de una concepción del Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que precisa de su aplicación igual para todos los ciudadanos y ante todas las situaciones jurídicas, ello no exime que el respeto que el Derecho a la tutela judicial efectiva pueda permitir que las situaciones posesorias se tramiten en una modalidad más o menos ágil.

Y que incluso, con el pleno respeto al Derecho a la tutela judicial efectiva, el hecho de que la persona que ocupa el inmueble no haya tenido vínculo jurídico alguno con el propietario y que incluso ha tomado posesión del mismo de forma ilícita o ilegal son circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta por el legislador para justificar una regulación procesal más ágil, dado el conflicto de derechos que se adicionalmente se da en la situación jurídica concreta y ha sido puesto de manifiesto por la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tales serían la inviolabilidad del domicilio del ocupante y la tutela judicial efectiva del propietario (e incluso la propia inviolabilidad del domicilio del propietario, en función del caso).

Ello lleva a otro de los argumentos que pueden aducirse, y de hecho fueron confirmados por el propio Tribunal Constitucional español en su sentencia. Y es que la opción del legislador de agilizar un procedimiento no es genérica sino que se circunscribe tan solo a una situación jurídica determinada, cual es la recuperación de la posesión de viviendas por razón de su ocupación fáctica o sin título.

De este modo, una configuración legislativa de un proceso determinado que tienda a la celeridad o agilidad no ha de conllevar necesariamente y *per se* un detrimento de las exigidas garantías constitucionales del respeto a la tutela judicial efectiva. En el caso del proceso de puesta en posesión de inmuebles el principio de contradicción no se vería lesionado, en tanto que al demandado se le da la oportunidad de aportar un título para justificar la situación posesoria sobre el inmueble. Como se ha comentado anteriormente, se exige un principio de prueba mínima documental, si bien la Ley 5/2018 no exige que dicho documento deba tener la naturaleza de documento público o privado, o que tenga el más mínimo requisito para su aportación al proceso. Además la ley habilita un plazo considerado como suficiente por el Tribunal Constitucional. Y como resalta el propio Tribunal, la mera aportación bastaría para oponerse eficazmente a la pretensión

ejercitada por el actor en este proceso sumario, sin necesidad de otro alegato por el demandado.

Este mismo argumento es sostenido por el Tribunal Constitucional para justificar igualmente la no vulneración del principio de igualdad de armas. Bastaría al demandado la presentación de un título documental para oponerse, e igualmente corresponde al demandante la presentación de un título documental para fundamentar su demanda de recuperación de la posesión de la vivienda.

El Tribunal Constitucional pone de manifiesto el hecho de que la ocupación no consentida ni tolerada no es título de acceso a la posesión de una vivienda, y que dicha ocupación no puede encontrar tampoco amparo en el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada del art. 47 de la Constitución. De dicho precepto el Tribunal recalca que no garantiza un derecho fundamental sino que enuncia un principio rector de la política social y económica, y por lo tanto la Ley 5/2018 no puede en ningún caso contravenir el mandato del art. 10-2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales. Los efectos constitucionales del art. 47 CE conllevarían en cambio otras exigencias, como la adopción de disposiciones o políticas sociales destinadas a promover el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

En este punto la opinión del pleno del Tribunal Constitucional no es unánime. Muestra de ello es la existencia de un voto particular concurrente de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia 32/2019, que no comparte la interpretación mayoritaria del Pleno del art. 10-2 de la Constitución entendiendo que no hay una exclusión explícita de los principios rectores en relación con el mandato contenido en dicho artículo. En opinión de la magistrada, la Sala debió haber tenido en cuenta en su argumentación las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 25 de abril de 2018 (E/C.12/ESP/CO/5) sobre el cumplimiento de los estándares internacionales mínimos de garantía del derecho a la vivienda.

Por otra parte el Pleno avala igualmente la constitucionalidad de la posibilidad de permitir al actor dirigir su demanda de forma genérica contra los desconocidos ocupantes de la vivienda, no constituyendo una vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías. A juicio del Tribunal Constitucional, la indeterminación inicial sobre la identidad del demandado en el proceso para la recuperación de la posesión de la vivienda resulta superada por la ulterior identificación personal al practicarse la notificación de la demanda y el emplazamiento.

Tampoco se entiende vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución, en tanto que el desalojo iría siempre precedido de resolución



judicial (lo que iría en consonancia con los estándares de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional<sup>41</sup> citado en la Sentencia), y dicha intervención judicial conforme al procedimiento legalmente previsto integraría la garantía que el mismo art. 18-2 de la Constitución establece. De este modo, el Tribunal Constitucional no se aleja de la tesis de la excepción al Derecho al domicilio perfilada por el TEDH y expresamente aplicada a los procesos judiciales frente a ocupaciones sin título.

En definitiva, el Tribunal Constitucional español reconoce expresamente la constitucionalidad de las reformas introducidas con la Ley 5/2018.

## V. CONCLUSIONES

La ineficacia de la jurisdicción penal para la amplia gama de delitos que pretenden proteger el fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles puede llegar a manifestarse tanto en la definición de los tipos como por la posible discrecionalidad en su aplicación judicial que pueda surgir en la adopción de medidas cautelares en procesos cuyo objeto sea el delito de usurpación pacífica.

Dadas las vías que contempla el Derecho procesal civil, el nuevo proceso para la ocupación ilegal de inmuebles es acogido como un nuevo cauce, derivado del juicio posesorio, destinado a facilitar la más ágil protección del propietario o titular de derechos reales que conlleven posesión de inmuebles.

No obstante, la ley arroja sombras que obligan a matizar el contenido del nuevo procedimiento. Destaca el estrecho margen de personas legitimadas para acudir a este procedimiento, lo que deja en el aire la vía a acudir en casos de ocupación ilegal cuando el titular del derecho es persona jurídica. De hecho con la nueva regulación parece aclararse la diferenciación del fenómeno de la ocupación ilegal respecto del precario, teniendo en cuenta la amplitud con la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la definía. El carácter ilegal de la ocupación como requisito para acceder al procedimiento también puede ser objeto de debate.

---

<sup>41</sup> Como resalta el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 160/1991 «*el derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que, como el resto de los derechos, ha de ejercerse dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás, que, como expresa el art. 10.1 CE, son fundamento del orden político y de la paz social*» (FJ 11). Ello lleva al Tribunal Constitucional a declarar que para habitar lícitamente en una vivienda es necesario disfrutar de algún derecho, cualquiera que sea su naturaleza, que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en el que pretende establecerse. De ese modo, para que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 CE, no puede quedar justificado el hecho de «*invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles*» (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7, y ATC 227/1983, de 25 de mayo, FJ 2).

Por ello, entendemos que el legislador debe volver a estudiar los elementos esenciales del procedimiento, tales como el ámbito de aplicación, o en su caso establecer un estatuto jurídico-procesal del fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles que proteja a todos los derechos reales sobre inmuebles, sin diferenciar el tipo de derecho real o la naturaleza de la persona titular del derecho. Todo ello para diferenciar este proceso del resto de cauces jurídico-procesales existentes, y en particular del desahucio precario.

En cualquier caso, las posibles críticas sobre la inconstitucionalidad de la institución parecen haber sido disipadas por la doctrina del Tribunal Constitucional, en línea con su doctrina que avala la validez de los procesos sumarios a la luz del Derecho fundamental de defensa. A pesar del carácter limitado de la formulación de alegaciones que presenta el procedimiento, el Tribunal Constitucional admite la existencia de un interés legítimo en la regulación como es la protección frente a la privación de la posesión de los bienes inmuebles.

Igualmente, tampoco parece apuntarse un carácter contradictorio respecto al Derecho del art. 8 del CEDH, relativo al respeto al domicilio. De hecho, el retraso de los órganos jurisdiccionales a la hora de proteger al titular del inmueble frente a los ocupantes puede llegar a conculcar el Derecho al proceso equitativo del art. 6 del CEDH.

Entendemos que el proceso sumario de recuperación de la posesión de viviendas ilegalmente ocupadas es plenamente compatible con las exigencias y limitaciones establecidas tanto por el Derecho constitucional español (como ha reafirmado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 32/2019 de 28 de febrero) como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (como puede deducirse de su Sentencia de 13 de diciembre de 2018). La ocupación ilegal de inmuebles, una vez la resolución sea firme, no puede constituir un fenómeno jurídico amparado en el Derecho a la intimidad familiar o el domicilio en detrimento de la tutela judicial efectiva del propietario.

No obstante, a pesar de la diaphanidad de las resoluciones que se recalcan en esta conclusión, y si bien los procesos en abstracto no entrañan contradicción, entendemos que la aplicación judicial sí puede llegar a quebrar la exigencia de proporcionalidad, máxime ante un elemento protegido por el derecho de forma tan sensible como el domicilio personal y familiar. Por lo tanto, aun siendo respetuoso el proceso nacional, la omisión de alguna garantía procesal puede ser susceptible de entenderse como una colusión de la proporcionalidad, que desemboque en la violación del Derecho al respeto al domicilio establecido en el art. 8 CEDH aunque el interés del propietario sea más digno de protección (en línea con lo establecido en el caso Rousk contra Suecia del TEDH, citado anteriormente). De este modo la proporcionalidad en la línea delimitada por

el TEDH seguirá siendo una cuestión de especial trascendencia que los tribunales de justicia deberán tener en cuenta a la hora de tramitar el nuevo procedimiento.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, M., «The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (The Pinheiro Principles): Suggestions for Improved Applicability», *Journal of Refugee Studies*, vol. 24, n.o 2, 2011, pp. 304-322.

ARIZA COLMENAREJO, M. J., «Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas», *Diario La Ley*, vol. 9245, 2018, p. edición digital.

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

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). De la extorsión. Del robo y hurto de uso de vehículos. De la usurpación.», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.) *Sistema de Derecho penal. Parte especial.*, 2, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 477-500.

Bright, S. y Whitehouse, L., *Information, Advice & Representation in Housing Possession Cases*, 2014.

CABRERA MERCADO, R., «Entrevista en ¿Qué puedes y qué no puedes hacer si “okupan” tu casa?», *Diario Sur*, 2018, Málaga, p. edición digital, fecha de consulta en <https://www.diariosur.es/malaga/puedes-puedes-okupan-20180901194412-nt.html>.

CARRILLO FUILLERAT, D., «Procedimientos que llevan aparejado el lanzamiento», *Diario La Ley. Sección Tribuna*, vol. 9289, 2018, p. edición digital.

CONTIJOCH PRATDESABA, R., «Desahucio de ocupantes sin título o título ineficaz», *Editorial jurídica Sepín*, 2018, p. edición digital.

FRAGA MANDÍAN, A., «La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas: Aspectos de interés», *Editorial jurídica Sepín*, 2018, p. edición digital.

JIMÉNEZ PARÍS, J. M., «Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas», *Diario La Ley*, vol. 9262, 2018, p. edición digital.

MARTÍNEZ GALLEGO, E., «Desahucio por precario», *Actualidad Civil*, vol. 7, n.o 1, 2008, p. 719.

MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.», en LAMARCA PÉREZ, C., ALONSO DE ESCAMILLA, A., MESTRE DELGADO, E. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (coords.) *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3, Majadahonda, Madrid, Colex, 2015, pp. 315-500.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial., 20, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

NIELD, S., «Cash of the Titans: Article 8, Occupiers and Their Home», en BRIGHT, S. (coord.) Modern Studies in Property Law, Hart Publishing, 2019, pp. 101-129.

NIELD, S.; y HOPKINGS, N., «Human rights and mortgage repossession: beyond property law using Article 8», Legal Studies, vol. 33, 2013, pp. 431-454.

PERARNAU MOYA, J., «Desalojo de “okupas”», Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, vol. 5, 2019, pp. 59-68.

PÉREZ DAUDÍ, V., «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente», Revista General de Derecho Procesal, vol. 46, 2018, p. edición digital.

PÉREZ DAUDÍ, V.; y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», Diario La Ley, vol. 9008, 2017, p. edición digital.

QUERALT JIMÉNEZ, J., Derecho penal español. Parte especial., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario al artículo 245», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.) Comentarios a la parte especial del Derecho penal, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 643-645.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la Ley 5/2018, de 11 de junio», Revista General de Derecho Procesal, vol. 46, 2018, p. edición digital.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.; MIERES MIERES, L. J.; y PRESNO LINERA, M. Á., Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

SCHUMANN BARRAGÁN, G., «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas.», Diario La Ley, vol. 9264, 2018, p. edición digital.

Troncone, F., Brevi note in tema di rapporto fra giudizio possessorio e giudizio petitorio, Roma, 2004.

URRUTIA SAGARDÍA, E., «Medidas para la recuperación inmediata de la ocupación ilegal de viviendas», Actualidad Jurídica Aranzadi, vol. 942, 2018, p. 6.