

# La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil

## *The ineffectiveness of the crime of usurpation for the injured: some advantages of civil procedure*

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEJO

*Juez.*

**RESUMEN:** El artículo 245.2 del Código Penal castiga con pena de multa la ocupación sin violencia de viviendas, inmuebles o edificios que no constituyan morada. Sin embargo, la acción civil acumulada a la penal no satisface, tanto normativa como procesalmente, el interés del perjudicado de recuperar con la mayor celeridad la posesión. Pese a contar con algunos inconvenientes, derivados de la tradicional carencia de medios de la justicia española, los procedimientos civiles repararán mejor los perjuicios sufridos por el titular o por quien posea con título la vivienda ocupada. Por otra parte, la elevación de la pena mínima del delito de usurpación evitaría su tramitación como delito leve y permitiría la adopción de medidas cautelares reales.

**ABSTRACT:** *Article 245.2 of the Criminal Code punishable by fine the occupation of houses, real estate or buildings without violence whenever do not constitute abode. However, the civil action accumulated criminal does not satisfy the interest of the injured to recover as quickly the possession. Despite*

*some drawbacks, derived from traditional lack of means of Spanish justice, civil proceedings better repair the damage suffered by the holder or who has legal title to occupy the house. If the minimum penalty for the crime of usurpation is elevated, its passage would be avoided as minor offense. This would allow the adoption of real precautionary measures.*

PALABRAS CLAVE: Usurpación. Perjudicado. Precario. Protección de los derechos reales inscritos. Desalojo.

KEY WORDS: *Usurpation. Injured. Precarious. Protection of property rights registered. Eviction.*

SUMARIO: I. EL DELITO DE USURPACIÓN DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL.—II. LA USURPACIÓN COMO DELITO LEVE.—III. DIFICULTADES EN LA EJECUTORIA PENAL DE LA USURPACIÓN: 1. REQUERIMIENTO AL PENADO. 2. FECHA DE DESALOJO. 3. EJECUCIÓN MATERIAL. 4. PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.—IV. ALGUNAS VENTAJAS DE LOS PROCESOS CIVILES POSESORIOS: 1. TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN. 2. DESAHUCIO POR PRECARIO. 3. PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS. 4. JUICIO DECLARATIVO. 5. LANZAMIENTO DE LOS IGNORADOS OCUPANTES.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. NOTAS.

## I. EL DELITO DE USURPACIÓN DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL

Según el artículo 245.2 del Código Penal (en adelante, CP), que mantiene su redacción original, «*El que ocupe, 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*». El apartado primero de dicho artículo, modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, castiga con pena de prisión la ocupación con violencia o intimidación, como ya hacían los Códigos Penales de 1822 (art. 811), de 1848 (art. 429), de 1870 (art. 534), 1932 (art. 509), 1944 (art. 517) y 1973<sup>1</sup> (art. 517). Únicamente los Códigos Penales de 1848<sup>2</sup> (art. 430) y de 1928 (art. 709) tipificaron la ocupación pacífica, si bien el primero estableció una pena de multa y el segundo no solo una pena de prisión sino que consideraba un delito de sedición la comisión reiterada o simultánea de ocupaciones en un mismo término municipal<sup>3</sup>. Finalmente, el

vigente Código de 1995<sup>4</sup> ha vuelto a tipificar la ocupación pacífica, relegada hasta entonces al mero ilícito civil.

Estamos ante un delito patrimonial cuyo bien jurídico protegido es la propiedad inmobiliaria<sup>5</sup> o la posesión<sup>6</sup> que no constituya morada<sup>7</sup>, pues si fuera morada se cometería un delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP<sup>8</sup>. En un primer momento, el tipo se aplicó frente a colectivos que ocupaban inmuebles vacíos con claras motivaciones políticas, el denominado movimiento ocupa u «okupa». Por el contrario, desde la última crisis económica e inmobiliaria que sufre nuestro país, la mayoría de delitos de usurpación los cometen personas sin recursos o que sufren exclusión social. Actualmente, en los juzgados del orden penal se da la circunstancia de que la mayoría de inmuebles ocupados pertenecen a entidades bancarias —que han adquirido el dominio, normalmente, en una ejecución hipotecaria— y el sujeto activo es un tercero que carece de vivienda propia y de recursos suficientes para subsistir.

Existe abundante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre este tipo penal y, por la restricción a la casación, el Tribunal Supremo solo ha conocido del mismo —más allá de alguna referencia— en una causa dirigida contra un Diputado autonómico. En dicho asunto recayó la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014, según la cual —y por lo que aquí interesa— se dijo que *«Los delitos de usurpación, tipificados en el Capítulo V del Título XIII del Código Penal de 1995, constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles»*.

*En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito.*

*La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2.º del artículo 245, requiere para su comisión los siguientes elementos:*

- 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.*
- b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (art. 49 3.º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin*

*vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.*

- c) Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión.*
- d) 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», voluntad que deberá ser expresa.*
- e) Que concorra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada»<sup>9</sup>.*

Al tipificarse una conducta que, a su vez, constituye un ilícito civil que cuenta con la tutela interdictal a que se refieren los artículos 441 a 446 del Código Civil, el perjudicado puede optar por pretender la restitución de la posesión ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción penal<sup>10</sup>. Parece, como ya se ha dicho, que la protección penal inicial se basaba en la represión del denominado movimiento ocupa<sup>11</sup> pero en la actualidad —y sin exagerar— son las personas más desfavorecidas las que cometen asiduamente este delito<sup>12</sup>. Aunque se trata de un delito público que no requiere de denuncia previa la interposición de denuncia o querrela por el titular del inmueble —o del poseedor con título<sup>13</sup>— resultará indispensable para la acreditación del despojo posesorio y enervar así la presunción de inocencia de los denunciados.

## II. LA USURPACIÓN COMO DELITO LEVE

La usurpación sin violencia se investigó por los juzgados de instrucción, desde el año 1995 hasta el 6 de diciembre de 2015<sup>14</sup>, a través de las diligencias previas del procedimiento abreviado, atendida su clasificación como delito menos grave. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reformó el artículo 33 CP, que calificaba como pena menos grave la multa de más de dos meses. Tras la reforma se considera delito leve la pena de multa de hasta tres meses. Al castigarse la usurpación en el artículo 245.2 CP con una pena de multa de tres a seis meses debe aplicarse la nueva redacción del último inciso del artículo 13.4 CP, según el cual «*cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*». Esto es, se ha degradado, quizás de forma no querida o prevista por el legislador<sup>15</sup>,

el delito de menos grave a leve, con la consiguiente aplicación preceptiva del procedimiento para el juicio sobre delitos leves de los artículos 962 a 977 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). Pese al principio de oportunidad que prevé el artículo 963.1 LECrim, la Fiscalía General del Estado lo ha vetado para el delito de usurpación, ordenando a los Fiscales a impulsar el procedimiento<sup>16</sup>.

Una de las principales características que definen el juicio sobre delitos leves es la falta de una fase de instrucción<sup>17</sup> o investigación, cosa distinta serán algunos actos preparatorios como el reconocimiento médico forense o la peritación de los daños<sup>18</sup>. Al carecer de instrucción, tras la denuncia del propietario o del poseedor con título, se convoca a las partes al acto del juicio, en el que los denunciados por la usurpación requerirán de asistencia letrada preceptiva tras la reforma del artículo 967.1 LECrim por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

Pese a la aparente rapidez de estas clases de juicios, aunque rara vez se cumplan los cortos plazos para la celebración del juicio, la mecánica del delito de usurpación evidencia que el procedimiento abreviado era más idóneo para la represión de la ocupación. En las diligencias previas del procedimiento abreviado si el investigado no asiste al juzgado para declarar puede acordarse su detención (art. 487 LECrim), en cambio en el juicio sobre delitos leves no utilizarse la detención para la notificar al denunciado la fecha de celebración del juicio (art. 495 LECrim). El problema de las notificaciones personales<sup>19</sup> a los ocupantes identificados, que rara vez designarán Procurador<sup>20</sup>, provocará sucesivas suspensiones del juicio, sobre todo cuando sean varios. Cosa distinta es que una vez citado el denunciado no asista al juicio<sup>21</sup>, sin que quepa la subsanación de la falta de citación por la personación del denunciado en el recurso de apelación<sup>22</sup>.

Antes de la tramitación del delito de usurpación como delito leve, era usual que el Juez de Instrucción dictara un Auto en el que acordaba el desalojo de los ocupantes, incluso con anterioridad a su declaración en calidad de imputados. Se basaba dicha medida cautelar en el artículo 13 de la LECrim<sup>23</sup> con la finalidad de proteger al perjudicado, evitando así que permaneciera la situación antijurídica, dejando a salvo los derechos de los ocupantes. Sin embargo, la celeridad y la dudosa necesidad de aplicar el artículo 13 en un juicio sobre delitos leves, impide que se siga acordando el desalojo inmediato de los presuntos ocupantes<sup>24</sup>, pudiendo incluso afectar a la imparcialidad del Juez si dicta medidas cautelares y —posteriormente— celebra el acto del juicio (arts. 219.11.ª LOPJ y 54.12.º LECrim<sup>25</sup>). Lo aconsejable es señalar el juicio cuanto antes pero algunas peculiaridades propias de este ilícito lo impiden, ya sea por la citación de todos y cada uno de los ocupantes y por el nombramiento de Letrado de oficio para los denunciados. Otra demora habitual es la acumulación de un delito leve de defraudación del fluido eléctrico por haber accedido ilícitamente los ocupantes al suministro eléctrico de la comunidad de propietarios o de otro vecino del edificio.

Dadas las indudables pegas procesales que presenta actualmente la vía penal, sería aconsejable elevar la pena mínima del delito de tres a cuatro meses de multa —o, simplemente, de tres meses y un día— para que su tramitación vuelva a ser la de las diligencias previas del procedimiento abreviado. No solo eso, sino que debería investigarse y enjuiciarse la usurpación mediante el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. La mayoría de ocupaciones son flagrantes pues algún vecino<sup>26</sup>, o el propio propietario, interpone la denuncia horas después de la ocupación. Sin embargo, y pese a que el propietario acreditara su titularidad, rara vez la policía citaba a los ocupantes para la celebración de las diligencias urgentes, en cuyo seno debería acordarse el desalojo de los ocupantes como medida cautelar real. Junto a ello, el ocupante puede obtener la reducción de la pena en un tercio si presta su conformidad a la pena interesada por el Fiscal. Esto es, puestos a disposición del Juzgado de guardia —ya sean citados o incluso detenidos— se celebraría una comparecencia con las partes para decidir sobre el desalojo del inmueble. Una duda recurrente en el acto del juicio es si deben declarar en calidad de testigos los agentes que identificaron a los ocupantes, extremo que puede obviarse en las diligencias urgentes al disponerlo expresamente el artículo 796.1.4.<sup>a</sup> LECrim<sup>27</sup>.

El ya mencionado artículo 13 LECrim<sup>28</sup> resulta demasiado genérico para la adopción de medidas cautelares frente al ocupante y la expresa mención que hace del artículo 544 bis de la LECrim nada tiene que ver con el desalojo, al estar previsto únicamente para los delitos enumerados en el artículo 57 del Código Penal —entre los que no aparece la usurpación— y para prohibiciones de residencia y aproximación. Debería regularse en el artículo 544 bis LECrim el desalojo en los casos de usurpación cuando concurren los requisitos de urgencia y necesidad, pues estamos ante un delito permanente<sup>29</sup>. A diferencia del proceso civil, y aunque la adopción de medidas cautelares no requiera audiencia de los ocupantes, la incertidumbre sobre la situación y calidad posesoria de estos dificultará que se adopte la medida de desalojo sin que sean oídos.

Por los motivos anteriores, la tramitación como delito leve no permite la adopción de medidas cautelares porque se acordará, en su caso, el desalojo en la Sentencia como medida civil acumulada a la penal. Al carecer de fase de instrucción, carece de sentido anticipar los efectos propios de la condena, sin dejar de olvidar que los ocupantes no serían detenidos ni puestos a disposición del Juzgado de guardia.

Quizás podría valorarse la oportunidad de suprimir este delito, visto el fracaso de su prevención general, y reforzar la jurisdicción civil para agilizar el enjuiciamiento y la ejecución del lanzamiento de los ocupantes. Con el aumento de las ocupaciones se da el mismo fenómeno que con los accidentes de tráfico antes de haber sido destipificados como falta, el de utilizar la vía penal para conseguir el desalojo obviando los problemas que conlleva la identificación y localización de los ocupantes<sup>30</sup>.

### III. DIFICULTADES EN LA EJECUTORIA PENAL DE LA USURPACIÓN

#### 1. REQUERIMIENTO AL PENADO

Una vez firme la sentencia que condene al ocupante por un delito leve de usurpación su ejecución corresponderá al Juzgado de Instrucción que la dictó (art. 985 LECrim). Se incoará ejecutoria mediante Auto y se requerirá personalmente<sup>31</sup> al condenado para el pago de la multa y para que desaloje voluntariamente la vivienda o inmueble ocupado en el plazo que se fijó en la sentencia. Una vez más, cabe destacar la imposibilidad de que se requiera al condenado mediante requisitoria por tratarse de un delito leve, añadiéndose otra demora<sup>32</sup>.

El artículo 989.1 LECrim permite la ejecución provisional de la responsabilidad civil, en la que se incluye la restitución (art. 110.1.º CP), con arreglo a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La incertidumbre que se viene dando en la aplicación del delito de usurpación por parte de los Tribunales<sup>33</sup>, suele paralizar la práctica del desalojo antes de que recaiga la sentencia de apelación de la Audiencia pues si el ocupante fuera absuelto el denunciante tendría que indemnizarle los daños y perjuicios o, incluso, restituirle en la posesión (art. 534 LEC).

#### 2. FECHA DE DESALOJO

En la sentencia no se fijará día y hora concretos para el desalojo del ocupante sino que se permite a este el abandono voluntario en un plazo —normalmente— no superior a los dos meses. Estamos ante un desalojo que practicará directamente la policía, no se trata de un lanzamiento en el que el gestor procesal esté auxiliado por la fuerza policial. Si fuera un lanzamiento podría fijarse en el Auto que incoa la ejecutoria penal la fecha de su práctica y la posibilidad de que el gestor levante acta de los desperfectos en la vivienda, en virtud del artículo 703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Tras la práctica del desalojo, el propietario, o persona facultada por este, deberá dotar a la vivienda de las medidas de seguridad pertinentes para evitar futuras y continuas ocupaciones del mismo, dado que no constituye morada pero puede comercializarse para que lo llegue a ser.

#### 3. EJECUCIÓN MATERIAL

El incumplimiento de la pena de multa por el condenado, conllevará la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, liqui-

dándose la condena a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Por su parte, si el ocupante condenado no abandona voluntariamente la vivienda o inmueble será desalojado por la fuerza policial. El tiempo transcurrido desde el inicio del juicio sobre delitos leves hasta la firmeza de la Sentencia puede originar que el ocupante inicial ya no habite en la vivienda. Atendido el principio de autoría que rige el proceso penal no podrá desalojarse a aquellas personas que no hayan sido condenadas, obligando al perjudicado a acudir a la vía civil o iniciar un nuevo e incierto juicio sobre delitos leves. Como luego se dirá, el proceso civil permite dirigir la acción contra todos los ignorados ocupantes, evitando así demoras o paralizaciones en el desalojo de los ocupantes.

#### 4. PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

La pena por delito leve prescribe al año (art. 133.1 CP) desde la fecha de la sentencia firme (art. 134.1 CP) y solo se suspenderá el cómputo cuando fueran varias las penas a cumplir o la pena estuviera suspendida (art. 134.2 CP). Respecto a la responsabilidad civil, en la que se incluye la restitución de la cosa, prescribe a los cinco años (art. 1964 del Código Civil). Una vez prescrita la pena, el juzgado debe continuar con la ejecución civil, pese a que no la impulse el perjudicado (art. 990 LECrim)<sup>34</sup>. Sin embargo, si el perjudicado no impulsa el desalojo la ejecutoria corre el riesgo de quedar paralizada.

### IV. ALGUNAS VENTAJAS DE LOS PROCESOS CIVILES POSESORIOS<sup>35</sup>

#### 1. TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN

En la LEC anterior se regulaba, entre otros, el interdicto para recobrar la posesión (arts. 1651 a 1662 LEC de 1881) y actualmente es objeto de juicio verbal por razón de la materia, denominándose tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4.º LEC), en el que la demanda debe interponerse dentro del plazo de un año desde el despojo (art. 439.1 LEC) y la sentencia carece de efectos de cosa juzgada (art. 447.2 LEC).

En este juicio posesorio no están limitados los motivos de oposición por el ocupante demandado y la sentencia no evitará que, posteriormente, el ocupante pretenda que se le restituya la posesión, ya sea por entender que tiene título válido o por haber conseguido adquirir la propiedad por prescripción.

Corresponderá al demandante probar que tenía la posesión del inmueble<sup>36</sup> y que ha sido despojado por el demandado. En viviendas que no constituyen



morada quizás tenga problemas el titular para acreditar cumplidamente la posesión pues el objeto del juicio queda limitado a determinar si el actor posee, si el demandado ha ejecutado actos de despojo o perturbación de dicha posesión y si la acción se ejercitó oportunamente, con exclusión de toda discusión sobre el derecho a poseer, su existencia, y titularidad<sup>37</sup>. Por ello, para el propietario que tenga inscrito el dominio en el Registro de la Propiedad puede utilizar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con las ventajas que luego se verán.

Este proceso sumario requiere identificar al poseedor inmediato del inmueble y por ello se antoja difícil que pueda dirigirse la demanda contra los ignorados poseedores. Dicho obstáculo no tiene lugar, afortunadamente, en los dos procesos que a continuación se examinan. Por otra parte, será más frecuente que se ejerciten por el propietario las acciones de defensa de la propiedad más que de la mera posesión<sup>38</sup>.

Dada la finalidad de este juicio, el de reponer inmediatamente en la posesión al demandante, cabe la ejecución provisional de la sentencia recaída en primera instancia<sup>39</sup>.

## 2. DESAHUCIO POR PRECARIO

El artículo 250.1.2.º LEC regula el desahucio por precario por razón de la materia y legitima activamente al dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca rústica o urbana. A diferencia de la regulación anterior, este proceso tiene efectos de cosa juzgada<sup>40</sup>, evitándose así la posibilidad de que el ocupante interponga una demanda sobre el mismo asunto.

El precario existe no solo respecto del poseedor que no paga merced y que contaba —inicialmente— con la mera tolerancia del propietario, sino también de aquel que posee careciendo de cualquier título o, incluso, cuando posee con total desconocimiento del titular<sup>41</sup>. Al demandante le basta acreditar la propiedad<sup>42</sup>, distinguiéndose de la tutela sumaria de la posesión, en el que lo esencial es la propiedad inmediata<sup>43</sup>. El demandado<sup>44</sup> solo podrá justificar su posesión si esgrime título válido<sup>45</sup>, a diferencia de la mera detentación material del inmueble<sup>46</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, en su artículo 1565.3, exigía dirigir un requerimiento previo al precarista con una antelación mínima de un mes a la interposición de la demanda<sup>47</sup>, necesidad que ya no prevé la vigente LEC. Algún autor<sup>48</sup> y algunas Audiencias Provinciales<sup>49</sup> han considerado preciso el requerimiento previo también en el delito de usurpación. Pero cabe afirmar por nuestra parte, que la voluntad contraria a la ocupación se presume inequívocamente del hecho de que la vivienda, o el inmueble, estén cerrados o cercados<sup>50</sup> o por la presentación de la denuncia<sup>51</sup>.

En cualquier procedimiento penal sobre delitos leves, debe existir un denunciado al que citar al acto del juicio. Si el ocupante no está identificado, ya sea por la policía o por el propio denunciante, el Juez instructor no tiene otra alternativa que acordar el sobreseimiento provisional por falta de autor conocido (art. 641.2.º LECrim). Por el contrario, en el procedimiento civil podrá demandarse a los ignorados ocupantes<sup>52</sup> de determinado inmueble o vivienda porque así identifica el actor a los demandados y el domicilio o residencia en que podrán ser emplazados (art. 399.1 y 155 LEC)<sup>53</sup>. El funcionario de auxilio judicial deberá entregar a cualquiera de los ocupantes que encuentre en la vivienda la cédula de emplazamiento para contestar a la demanda. Si no se encuentra a ningún ocupante, acabará publicándose mediante edicto el emplazamiento, y transcurrido el plazo para contestar a la demanda se declarará la rebeldía de la parte demandada y el demandante podrá interesar que se dicte sentencia sin necesidad de que se celebre la vista (art. 438 LEC). La última reforma procesal efectuada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha eliminado la contestación oral del demandado en el acto de la vista por lo que, declarada la rebeldía, será extraña la celebración de la vista.

La legitimación pasiva no puede pretenderse respecto de todos y cada uno de los ocupantes de la vivienda ocupada, pues si así fuera, bastaría que el día del juicio comparecieran otros ocupantes para que no pudiera prosperar la acción de desahucio por precario. Otra cosa bien distinta es que, junto a los ignorados ocupantes, pueda demandarse a los ocupantes identificados en el emplazamiento para contestar a la demanda. Supuesto habitual en esta clase de juicios es que alguno de los ocupantes interese el otorgamiento de asistencia jurídica gratuita, con la consiguiente suspensión del curso del proceso —y de la celebración de la vista— para no ocasionar indefensión al demandado.

En el propio procedimiento civil podrá valorarse la apariencia y credibilidad del contrato de arrendamiento que, eventualmente, aporte alguno de los ocupantes. En ocasiones, el ocupante ha adquirido la posesión de la vivienda tras firmar un contrato de arrendamiento con un tercero que nada tiene que ver con el inmueble. Varios indicios pueden dar lugar a calificar el contrato aportado como simulado<sup>54</sup>: la falta de pago de las rentas arrendaticias o de depósito de la fianza arrendaticia, no acreditar el alta y abono de los suministros básicos o no haberse empadronado el ocupante en la vivienda. Evidentemente, la decisión que recaiga en el desahucio por precario no impedirá que el ocupante pueda dirigirse contra quien le arrendó el inmueble<sup>55</sup>. Sin embargo, en la práctica judicial esto último rara vez se da porque el ocupante pudo entrar en la vivienda tras pagar un pequeña cantidad de dinero a cambio de obtener las llaves de quien, seguramente, habitualmente se dedica a forzar las puertas de viviendas que intuye que están vacías.

Al igual que en los juicios sobre tutela sumaria de la posesión, cabe la ejecución provisional de la sentencia dictada en primera instancia<sup>56</sup>.

### 3. PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS

A partir de la reforma de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) en 1909, el titular de un derecho inscrito ha podido ejercitar la acción real registral para restablecer una situación posesoria perturbada por tercero, con carácter sumario y con motivos de oposición tasados. El vigente artículo 41 LH remite al juicio verbal por razón de la materia del artículo 250.1.7.º LEC. Podrá interponer la demanda el titular según el Registro<sup>57</sup> que acredite por certificación del propio Registro la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente. La acción se ejercerá contra las personas carentes de título inscrito, que se opongan al ejercicio del derecho, que perturben dicho ejercicio o que sean causantes de un despojo o de una perturbación. No se establece ningún plazo preclusivo para el ejercicio de la acción<sup>58</sup> pero esta prescribirá a los treinta años (art. 1963 del Código Civil), sin perjuicio de la usucapión.

El artículo 38 LH, que recoge el principio de legitimación registral, establece la presunción *iuris tantum* de posesión por el titular registral. Esto es, tendrán que ser quienes impugnen la situación del titular registral, considerando inexacto el Registro, los que soporten la necesidad de probarlo<sup>59</sup>.

Para la defensa posesoria del propietario que tiene inscrito su derecho frente a los ocupantes, este procedimiento es el que presenta más ventajas. Junto a la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes<sup>60</sup>, por idénticos motivos que en el desahucio por precario, destaca la necesidad de que el ocupante que pretenda oponerse a la demanda preste la caución<sup>61</sup> que se fije (art. 444.2 LEC). Los apartados que regulan las especialidades de esta acción (arts. 439.2, 440.2, 441.3 y 444.2 LEC) no han sido reformados por la ya citada Ley 42/2015 y parece que no se contemple la posibilidad de que se dicte sentencia sin celebrarse el juicio ya que el artículo 440.2 LEC sitúa en el acto de la vista el momento de fijar la caución tras oír al demandado. Sin embargo, tras la introducción de la contestación escrita en el juicio verbal puede entenderse que lo correcto será determinar la caución en el auto que se dicte tras la admisión de la demanda en el que el juez adoptará las medidas solicitadas por el demandante que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere (art. 441.3 LEC).

Aunque podría considerarse que esta acción guarda semejanza con los interdictos posesorios<sup>62</sup>, aquí el demandante no funda su pretensión en su condición de poseedor —incluso puede no serlo<sup>63</sup> y aun no haberlo sido nunca— sino en la mera apariencia de la situación registral<sup>64</sup>.

La oposición del demandado, tras prestar la caución, se limita a las siguientes (art. 444.2 LEC): 1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada; 2.º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra

cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito; 3.º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción; y, 4.º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

En la práctica judicial rara vez el ocupante abona la caución, por mínima que sea, y de la que no está exento aquel aunque tuviera reconocida la justicia gratuita<sup>65</sup>. Aun en caso de pagar la caución, la causa de oposición más habitual es la segunda<sup>66</sup>, en la que el ocupante suele aportar un contrato de arrendamiento en el que figura como arrendador un total desconocido —la persona real o ficticia que le entregó las llaves y le permitió el acceso a la vivienda— o bien el titular registral anterior que ha perdido la propiedad tras una ejecución hipotecaria.

Si se estima la demanda, se instaurará o se restaurará a favor del demandante la situación posesoria correspondiente al contenido normal de su derecho. Además de entregársele la posesión al actor, deberán entregársele también los frutos producidos durante la pendencia del pleito. También tendrá que indemnizar el demandado los daños y perjuicios, tales como el deterioro de la vivienda o las rentas arrendaticias dejadas de percibir si estuviera arrendada.

A diferencia del desahucio por precario<sup>67</sup>, y como en la tutela sumaria de la posesión, la sentencia que se dicte en este procedimiento carece de efectos de cosa juzgada (art. 447.3 LEC). Como en los juicios anteriores, también será posible la ejecución provisional de la sentencia de la primera instancia.

Tanto en este procedimiento, como en el anterior, quizás podrían incluirse, en lo previsto en la disposición adicional quinta de la LEC pero para el señalamiento inmediato del juicio lo que hace falta es dotar de más y mejores medios a la justicia, cosa difícil en los tiempos actuales de restricción presupuestaria.

#### 4. JUICIO DECLARATIVO

Por último, el perjudicado puede interponer una demanda de juicio ordinario contra el ocupante para pretender la recuperación de la posesión. El proceso será el ordinario con arreglo al valor del bien inmueble (art. 251.2.ª LEC) que seguramente superará los 6.000 euros, la cuantía máxima para el juicio verbal (art. 250.2 LEC). La utilización del juicio ordinario será inusual por la mayor demora en la contestación a la demanda —veinte días (art. 404.1 LEC)— y la necesidad de celebrar la audiencia previa antes del juicio, a diferencia del juicio verbal, en el que se dilucidan las excepciones procesales en el acto de la vista (art. 443.2 LEC).

## 5. LANZAMIENTO DE LOS IGNORADOS OCUPANTES

Cuando se ejecute la sentencia dictada en cualquiera de los juicios civiles, salvo en la tutela sumaria de la posesión, puede encontrarse algún ocupante en la vivienda que afirme que no tuvo conocimiento del procedimiento. Dado que se ha demandado a los ignorados ocupantes de determinado inmueble, no cabe aquí el incidente de terceros ocupantes del artículo 675 LEC —al que remite el artículo 704 LEC— ya que no se trata de un ejecutado distinto. En caso contrario, se daría el absurdo de que demandados los ignorados ocupantes, en la ejecución cualquier ocupante podría dilatar inútilmente el lanzamiento. Esta es otra clara ventaja del proceso civil frente a la acción civil acumulada a la penal, ya que en la ejecutoria penal si el ocupante no es el condenado no podría practicarse el desalojo por la fuerza policial.

## V. CONCLUSIONES

I. El delito de usurpación sin violencia se castiga por el cauce del procedimiento para el juicio sobre delitos leves, en el que se cita directamente al ocupante al acto del juicio.

II. Al carecer el juicio sobre delitos leves de una fase de instrucción, no pueden adoptarse medidas cautelares, como el desalojo, antes de la celebración del juicio.

III. Debería elevarse la pena mínima del delito de usurpación no violenta de tres a cuatro meses de multa para que constituyera, otra vez, un delito menos grave en lugar de leve. Además, debería procurarse la tramitación por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y adoptarse en el juzgado de guardia la medida cautelar de desalojo de los ocupantes si la interesa el titular del inmueble.

IV. Los juicios de desahucio por precario y el de efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, permiten demandar a los ignorados ocupantes del inmueble pese a desconocer su identidad. Por el contrario, la identidad del ocupante resulta precisa para la celebración del juicio sobre delitos leves.

V. Los procesos civiles permiten el lanzamiento de los ignorados ocupantes, a diferencia de la responsabilidad civil acumulada a la penal, aunque con mayor demora que si se acordase el desalojo en el juzgado de instrucción de guardia.

VI. Si el titular de un inmueble no cuenta con cauces procesales ágiles, acudirá a terceras personas que, con métodos de dudosa legalidad, practicarán por sí mismos el desalojo de los ocupantes usurpadores.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 118/1984, de 5 de diciembre.
- STC 202/1987, de 17 de diciembre.
- STC 123/1991, de 3 de junio.
- STC 182/1991, de 30 de septiembre.
- STC 11/1992, de 27 de enero.
- STC 56/1994, de 24 de febrero.
- ATC 309/1994, de 14 de noviembre.
- STC 69/1995, de 9 de mayo.
- ATC 137/1996, de 28 de mayo.
- STC 135/1997, de 6 de agosto.
- STC 158/1997, de 2 de octubre.
- STC 228/1997, de 16 de diciembre.
- ATC 273/1999, de 18 de noviembre.
- STC 52/2001, de 26 de febrero.
- STC 10/2002, de 17 de enero.
- STC 91/2002, de 22 de abril.
- STC 134/2002, de 3 de junio.
- STC 94/2005, de 18 de abril.

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Primera, de 20 de octubre de 1949.
- STS, Sala Primera, de 19 de noviembre de 1949.
- STS, Sala Primera, de 4 de mayo de 1950.
- STS, Sala Primera, de 12 de junio de 1963.
- STS, Sala Primera, de 25 de junio de 1964.
- STS, Sala Primera, de 27 de noviembre de 1968.
- STS, Sala Segunda, de 16 de octubre de 1986.
- STS, Sala Primera, de 29 de junio de 1989.
- STS, Sala Segunda, de 27 de diciembre de 1989.
- STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 1991.
- STS, Sala Segunda, de 8 de junio de 1992.
- STS, Sala Segunda, de 24 de octubre de 1992.
- STS, Sala Segunda, de 5 de junio de 1993.
- STS, Sala Segunda, de 16 de septiembre de 1993.
- STS, Sala Segunda, de 19 de septiembre de 1993.
- STS, Sala Segunda, de 9 de diciembre de 1993.

- STS, Sala Segunda, de 2 de marzo de 1994.
- STS, Sala Segunda, de 3 de mayo de 1994.
- STS, Sala Segunda, de 11 de noviembre de 1994.
- STS, Sala Primera, de 31 de enero de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 19 de enero de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 10 de febrero de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 10 de marzo de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 7 de abril de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 6 de julio de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 1 de diciembre de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 15 de abril de 1998.
- STS, Sala Segunda, de 15 de noviembre de 2004.
- STS, Sala Primera, de 30 de septiembre de 2005.
- STS, Sala Primera, de 16 de julio de 2010.
- STS, Sala Segunda, de 12 de noviembre de 2014.

#### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Cádiz, sección 8.<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 2000.
- SAP Málaga, sección 2.<sup>a</sup>, de 9 de octubre de 2000.
- SAP Madrid, sección 5.<sup>a</sup>, de 9 de octubre de 2000.
- SAP Las Palmas, sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2000.
- SAP Sevilla, sección 1.<sup>a</sup>, de 6 de septiembre de 2001.
- SAP Jaén, sección 1.<sup>a</sup>, de 20 de diciembre de 2001.
- SAP Barcelona, sección 5.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2003.
- SAP Ciudad Real, de 21 de abril de 2003.
- SAP Madrid, sección 16.<sup>a</sup>, de 11 de noviembre de 2003.
- SAP Barcelona, sección 5.<sup>a</sup>, de 10 de septiembre de 2004.
- SAP Barcelona, sección 1.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2004.
- SAP Álava, sección 1.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2006.
- SAP Guadalajara, sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de julio de 2006.
- AAP Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 9 de octubre de 2007.
- AAP Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2008.
- AAP Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2009.
- SAP Barcelona, sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2009.
- SAP Las Palmas, sección 3.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2009.
- SAP Madrid, sección 16.<sup>a</sup>, de 6 de marzo de 2009.
- SAP Baleares, sección 5.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2010.
- SAP Málaga, sección 4.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2010.
- SAP Almería, sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de marzo de 2011.

- SAP Madrid, sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de enero de 2013.
- SAP Madrid, sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2012.
- SAP Madrid, sección 13.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 2012.
- SAP Barcelona, sección 8.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2012.
- AAP Madrid, sección 20.<sup>a</sup>, de 9 de octubre de 2012.
- AAP Madrid, sección 13.<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 2012.
- SAP Sevilla, sección 7.<sup>a</sup>, de 7 de marzo de 2013.
- SAP Sevilla, sección 7.<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 2013.
- SAP Asturias, sección 2.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2013.
- SAP Madrid, sección 7.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 2013.
- SAP Zaragoza, sección 6.<sup>a</sup>, de 24 de septiembre de 2013.
- SAP Valladolid, sección 2.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2013.
- SAP Barcelona, sección 4.<sup>a</sup>, de 28 de julio de 2014.
- SAP Barcelona, sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de septiembre de 2014.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 2.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre de 2014.
- SAP Barcelona, sección 4.<sup>a</sup>, de 24 de febrero de 2015.
- SAP Baleares, sección 1.<sup>a</sup>, de 1 de abril de 2015.
- SAP Zaragoza, sección 3.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2015.
- SAP Madrid, sección 17.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2015.
- SAP Islas Baleares, sección 3.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2015.
- SAP Barcelona, sección 1.<sup>a</sup>, de 15 de diciembre de 2015.
- SAP Barcelona, sección 19.<sup>a</sup>, de 17 de marzo de 2016.
- SAP Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 23 de junio de 2016.

#### DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 5 de julio de 2013.
- RDGRN de 8 de julio de 2013.
- RDGRN de 11 de octubre de 2013.
- RDGRN de 17 de mayo de 2016.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGONÉS SEIJO, S. y HERMOSA FONTANALS, E. (2015). Los bancos fusionados como sucesores en la ejecución hipotecaria: la ejecución sobre bien hipotecado sin previa inscripción en el Registro de la Propiedad. *Diario La Ley*, núm. 8459, 15 de enero de 2015.
- BAUCELLS I LLADÓS, J. (1997). *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch.
- BAZA DE LA FUENTE, M. L. (1995). El delito de usurpación no violenta en los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994. *Cuadernos de política criminal*, núm. 57, 895-913.



- BLANCO LOZANO, C. (1996). El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 193-253.
- BRAGE CENDÁN, S. (2002). El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles (una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal). *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, núm. 27, 19-29.
- COBO DEL ROSAL, M. (2014). La nueva concepción del delito de usurpación. *Lawyerpress*, edición digital.
- DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III: Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad y la posesión*, Civitas.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. (1997). Comentario al artículo 245 párrafo 2.º. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1997, 1316-1319.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (2004). Los okupas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 34, 31-48.
- FERNÁNDEZ PÁIZ, R. (2016). Procedimiento actual para el enjuiciamiento de los juicios de faltas y los nuevos delitos leves. Análisis de la reforma procesal contenida en la Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015. *Diario La Ley*, núm. 8687, 22 de enero de 2016.
- GÓMEZ IBARGUREN, P. (2009). *El tratamiento del fenómeno «okupa» en el Derecho español*. Editorial Bosch.
- GÓMEZ RECIO, F. (2015). Notificaciones y citaciones al imputado en el proceso penal. *Diario La Ley*, núm. 8454, 8 de enero de 2015.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2015). La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 415-433.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2006). La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario. En: M. Ledesma Ibáñez (dir.), *Derecho y vivienda*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, núm. 10, 2005.
- IBARRA SÁNCHEZ, J. L. (2015). Práctica procesal y bien jurídico protegido del delito de usurpación inmobiliaria del artículo 245.2 del Código Penal, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2015.
- MAGRANÉ OBRADÓ, M. (2012). Pasos a seguir para el desalojo de ¿OKUPAS? *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 126, 40-51.
- MAGRO SERVET, V. (2011). Ocupación ilegal de inmuebles: ¿delito del artículo 245.2 CP o precario? *La Ley penal*, núm. 85, septiembre de 2011.
- (2014). Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los enganches ilegales de luz a vecinos? *Diario La Ley*, núm. 8225, 9 de enero de 2014.
- MAINAR ENER, J. (2003). La ocupación ilegal de viviendas de propiedad municipal: Estudio del artículo 245.2.º del Código Penal. *El consultor de los Ayuntamientos*, núm. 17, quincena del 15 al 29 de septiembre de 2003, 2898-2909.
- MANGAS CAMPOS, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, núm. 8672, 28 de diciembre de 2015.

- MANRESA NAVARRO, J. M. (1853). Procedimientos criminales: Sobre el procedimiento criminal en los casos de despojo, o sea en el delito de usurpación de una cosa inmueble o de un derecho real de ajena pertenencia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 1, núm. 1, 302-309.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1997). La llamada usurpación pacífica. Artículo 245.2 del Código penal. *Revista Actualidad Penal*, núm. 40-3, 901-915.
- MARTÍ MARTÍ, J. (2010). Proceso de desahucio frente a los colectivos «ocupas». *Diario La Ley*, núm. 7442, 9 de julio de 2010.
- (2011). Los colectivos «ocupas» y la respuesta del derecho penal. *Diario La Ley*, núm. 7556, 27 de enero de 2011.
- (2013). La protección del derecho penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos «ocupas». *Diario La Ley*, núm. 7999, 11 de enero de 2013.
- MUÑOZ MARÍN, A. (2009). Delito de usurpación. Ocupas. *CEFLegal: revista práctica de derecho, comentarios y casos prácticos*, núm. 98, 169.
- NOGUEIRA GANDESEGUI, S. (1985). *El delito de usurpación*. Universidad de Santiago, Facultad de Derecho.
- PINTO RUIZ, J. J. (2007). El fenómeno «Okupa»: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? *Economist & Jurist*. Vol. 15, núm. 108, 28-34.
- PRIETO CASTRO, L. (1945). Interdictos de retener y recobrar. *Revista de Derecho procesal*.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2008). *Derecho penal español. Parte especial*. Atelier.
- ROCA SASTRE, R. M. (1954). *Derecho hipotecario*, editorial Bosch, tomo I.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J. M. (2012). Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles: el problema actual de los «okupas». En: *Práctica penal: cuaderno jurídico*, Editorial jurídica Sepin, mayo de 2012, 16-30.
- ROMERO-REQUEJO, C. M. (2014). Okupas: claves del desalojo por vía penal. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 138, 2014, 44-51.
- RUIZ BLAY, G. (2014). La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado. *Diario La Ley*, núm. 8429, 26 de noviembre de 2014.
- RUIZ SÁNCHEZ, J. L. (1969). Problemática de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 472, 605-670.
- SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R. (2004). La usurpación (Título XIII, Capítulo V). En: J. Tasende Calvo (coord.), *Delitos contra el patrimonio: Delitos de apoderamiento*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, núm. 13-2004.
- TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M. (2003). Incidencia de la reforma operada por la Ley 38/2002. En: C. Conde-Pumpido Tourón y J. Garberí Llobregat (coord.), *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, Editorial Bosch.
- VÁZQUEZ PÉREZ, A. (2015). El delito de usurpación: actuación policial ante una ocupación inminente, *Revista del Instituto de Estudios de Policía*, núm. 131, 31-49.
- VELASCO NÚÑEZ, E. y RUZ GUTIÉRREZ, P. (2011). *El juicio de faltas: aspectos penales y procesales*. Editorial Comares.
- VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C. (1955). Legitimación activa y pasiva en los interdictos. *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, 791-819.

## NOTAS

<sup>1</sup> En el anteproyecto de Código Penal de 1981 se quiso introducir la usurpación sin violencia, delito que hasta entonces se castigaba como coacciones, según NOGUEIRA GANDESEGUI, S. (1985). *El delito de usurpación*. Universidad de Santiago, Facultad de Derecho, p. 14. Sobre los anteproyectos de Código Penal de 1992 y 1993 véase BAZA DE LA FUENTE, M. L. (1995). El delito de usurpación no violenta en los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994. *Cuadernos de política criminal*, núm. 57, pp. 895-913. También examina los antecedentes legislativos BLANCO LOZANO, C. (1996). El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, pp. 193-254.

<sup>2</sup> MANRESA NAVARRO, J. M. (1853). Procedimientos criminales: Sobre el procedimiento criminal en los casos de despojo, o sea en el delito de usurpación de una cosa inmueble o de un derecho real de ajena pertenencia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 1, núm. 1, pp. 302-309.

<sup>3</sup> Para mayor conocimiento de la historia de este delito, véase BLANCO LOZANO, C. (1996). El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, pp. 193-253; y MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1997). La llamada usurpación pacífica. Artículo 245.2 del Código penal. *Revista Actualidad Penal*, núm. 40-3, pp. 901-915.

<sup>4</sup> Monografías sobre este delito: GÓMEZ IBARGUREN, P. (2009). *El tratamiento del fenómeno «okupa» en el derecho español*. Editorial Bosch y BAUCCELLS I LLADÓS, J. (1997). *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch.

<sup>5</sup> SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (2004). La usurpación (Título XIII, Capítulo V). En: J. Tasende Calvo (coord.), *Delitos contra el patrimonio: Delitos de apoderamiento*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 13-2004, p. 2 y Sentencia de la Audiencia Provincia de Álava, sección 1.ª, de 6 de febrero de 2006. Por el contrario, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 5.ª, de 16 de enero de 2003 y de 10 de septiembre de 2004 y de Madrid, sección 16.ª, de 11 de noviembre de 2003, consideraron que la protección penal atribuida por el delito de usurpación no violenta y sin intimidación no es la propiedad inmobiliaria, ni tampoco el derecho a la posesión, sino la posesión material e inmediata del bien que determina un uso directo de la cosa, gozando de ella en base a los artículos 431 y 432 del Código Civil, ya que la posesión que no se goza efectivamente ya está protegida en el ordenamiento.

<sup>6</sup> COBO DEL ROSAL, M. (2014). La nueva concepción del delito de usurpación. *Lawyerpress*, edición digital, p. 3. También entiende que la posesión es el bien jurídico protegido numerosa jurisprudencia menor: Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valladolid, sección 2.ª, de 5 de diciembre de 2013; Zaragoza, sección 6.ª, de 24 de septiembre de 2013; Asturias, sección 2.ª, de 14 de junio de 2013; Almería, sección 1.ª, de 11 de marzo de 2011; Madrid, sección 16.ª, de 6 de marzo de 2009; Guadalajara, sección 1.ª, de 11 de julio de 2006; Ciudad Real, de 21 de abril de 2003; Sevilla, sección 1.ª, de 6 de septiembre del 2001; Cádiz, sección 8.ª, de 6 de octubre del 2000; Las Palmas, sección 1.ª, de 13 de octubre de 2000; Madrid, sección 5.ª, de 9 de octubre de 2000.

<sup>7</sup> Según la STS de 16 de octubre de 1986 hay que entender por morada «no solo la casa donde una o más personas viven habitualmente, que es lo que constituye domicilio legal de las mismas, sino que tiene esta consideración el lugar o estancia reservada a esa persona, aunque sea accidentalmente, para la residencia, descanso y satisfacción de las condiciones de la vida doméstica» y el Tribunal Constitucional, en Sentencia 10/2002, de 17 de enero, considera morada «un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada». La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha negado el concepto de domicilio a los establecimientos públicos en general (SSTS de 5 de junio de 1993 y de 2 de marzo de 1994), locales comerciales (STS de 19 de septiembre de 1993), de esparcimiento (SSTS de 27 de diciembre de 1989, 11 de junio de 1991, 24 de octubre

de 1992, 16 de septiembre de 1993, 3 de mayo de 1994 y de 10 de febrero de 1995), bares (STS de 8 de junio de 1992, 10 de marzo de 1995), restaurantes (STS de 9 de diciembre de 1993 y de 20 de noviembre de 1995), pubs (STS de 15 de abril de 1998), librerías (STS de 7 de abril de 1995), nave industrial (STS de 1 de diciembre de 1995), lugares de trabajo (STS de 6 de julio de 1995), garajes comunitarios (STS de 11 de noviembre de 1994), solares (STS de 19 de enero de 1995). En la STC 228/1997, de 16 de diciembre, se reiteró que los almacenes, locales comerciales y fábricas no se hallan protegidos por el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

<sup>8</sup> No obstante, no cualquier quebranto de la posesión es punible, excluyéndose la aplicación del tipo por la jurisprudencia en: 1.º) las ocupaciones transitorias u ocasionales, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, como pueden ser las meras entradas para dormir (SAP Málaga, sección 2.ª, de 9 de octubre de 2000 y SAP Barcelona, sección 8.ª, de 21 de marzo de 2012); 2.º) Las ocupaciones que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabilitación o ruina total (SAP Baleares, sección 1.ª, de 1 de abril de 2015 y SAP Zaragoza, sección 3.ª, de 17 de junio de 2015); 3.º) Casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por la concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual (SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 2.ª, de 25 de noviembre de 2014; y SAP Madrid, sección 17.ª, de 17 de junio de 2015).

<sup>9</sup> Una enumeración similar sobre el tipo puede encontrarse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 7.ª, de 15 de julio de 2013.

<sup>10</sup> MANGAS CAMPOS, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, núm. 8672, 28 de diciembre de 2015, p. 6, destaca que *«es incuestionable que el Derecho civil no puede abarcar la íntegra defensa de la propiedad o de la posesión dejando despojado de contenido al Derecho penal, puesto que si el Legislador ha previsto tales herramientas ha sido precisamente para actuar contra vulneraciones cuya resolución privada no es suficiente para garantizar el bien jurídico protegido»*.

<sup>11</sup> Afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 15 de noviembre de 2004 que *«Este tipo de delito, introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados “ocupas”»*. También en la Sentencia de la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de marzo de 2013 se destacó que *«el origen del precepto lo encontramos en el Código Penal de 1995, al entender el legislador, con la oposición de ciertos grupos políticos, que era necesario regular una conducta que venía extendiéndose bajo la denominación de okupas y con objeto de dotar de una mayor protección, —no solo civil a través de las acciones interdictales, sino también penal—, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles»*.

<sup>12</sup> En la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2014 se destacó que *«Se sigue detectando que muchas conductas se dirigen contra el parque acumulado de viviendas de algunas entidades financieras, que permanecen sin ocupar, sin detectarse que respondan a actuaciones grupales u organizadas, sino que se trata de familias que desalojan la vivienda tan pronto como se realiza el requerimiento judicial»*. Advierte idéntica tendencia MAGRO SERVET, V. (2014). Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los enganches ilegales de luz a vecinos? *Diario La Ley*, núm. 8225, 9 de enero de 2014.

<sup>13</sup> MAGRO SERVET, V. (2014). *Ob. cit.*, p. 6, considera que también la comunidad de propietarios está legitimada para presentar la denuncia si aporta la comunicación al propietario de los hechos que están ocurriendo en su vivienda.

<sup>14</sup> Fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

<sup>15</sup> Según FERNÁNDEZ PÁIZ, R. (2016). Procedimiento actual para el enjuiciamiento de los juicios de faltas y los nuevos delitos leves. Análisis de la reforma procesal contenida en la Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015. *Diario La Ley*, núm. 8687, 22 de enero de 2016, el legislador no tenía intención, al reformar el artículo 13.3 del Código Penal, de degradar a leve delitos que antes se castigaban con penas más severas. Idéntica consideración hizo la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2015 de la FGE sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

<sup>16</sup> Circular 1/2015 de la FGE, *ob. cit.*, punto 6.2.2-b): «*Del mismo modo, se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del artículo 245.2 CP por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal.*».

<sup>17</sup> STC 182/1991, de 30 de septiembre: «*no hay en este juicio, a diferencia del proceso por delitos, una fase de instrucción o sumario ni una fase intermedia, de manera que, una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas.*». Reiteran dicha afirmación las SSTC 11/1992, de 27 de enero y 56/1994, de 24 de febrero, STC 52/2001, de 26 de febrero y ATC 273/1999, de 18 de noviembre.

<sup>18</sup> Son diligencias para preparar el acto del juicio de faltas las periciales médicas y de daños (ATC 137/1996, de 28 de mayo).

<sup>19</sup> La citación edictal es subsidiaria y solo procede tras la búsqueda infructuosa del que ha de ser citado (STC 118/1984, de 5 de diciembre).

<sup>20</sup> Aún cuando el condenado designe Procurador —algo casi insólito en delitos leves de usurpación— tanto el artículo 160 LECrim y la STC 91/2002, de 22 de abril exigen la notificación personal de la sentencia a todas las partes. No obstante, debemos compartir la afirmación de GÓMEZ RECIO, F. (2015). Notificaciones y citaciones al imputado en el proceso penal. *Diario La Ley*, núm. 8454, 8 de enero de 2015, p. 11, según el cual «*A nuestro juicio, resulta lógico que ante un supuesto de imposibilidad de localización del acusado baste con la notificación de la sentencia a la representación procesal que, no olvidemos, se encuentra plenamente habilitada para formular recurso. De otra forma, le bastaría al aún acusado con situarse en paradero desconocido para impedir la firmeza de la sentencia y con ello la ejecución de la pena, ocasionando que el plazo de prescripción continuara siendo el mucho más breve del delito cometido y no el de la pena impuesta en sentencia y obligando al Juez o Tribunal a ordenar su detención para notificación de la sentencia y concesión de plazo para recurrir, en lugar de su busca y captura para, en su caso, la ejecución de la pena.*».

<sup>21</sup> STC 134/2002, de 3 de junio: «*Este Tribunal ha venido reiterando que es una garantía contenida en el artículo 24.1 CE la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida. Exigencia que se ve reforzada en los procedimientos penales por la naturaleza de los derechos fundamentales que en ellos se ventilan (por todas, STC 135/1997, de 6 de agosto, FJ 4). El correcto emplazamiento de las partes para la celebración de una vista oral en un juicio de faltas exige un especial cuidado en el órgano judicial, al depender de ello la presencia en un acto en el que, concentradamente, se articula la acusación, se proponen y practican pruebas y se realizan los alegatos en defensa de los intereses de las partes. El legal y correcto emplazamiento al denunciado, además, se ve especialmente exigido por la posibilidad de que, conforme al artículo 971 LECrim, se produzca la celebración y resolución del juicio de faltas en su ausencia cuando conste habérsele citado con las formalidades prescritas en la ley (STC 123/1991, de 3 de junio, FJ 4).*».

<sup>22</sup> STC 134/2002, de 3 de junio: «*la actual regulación del recurso de apelación en el procedimiento de faltas solo en muy limitada medida posibilita remediar los derechos lesionados por la incomparecencia involuntaria del denunciado en la primera instancia. Todo ello propicia que la condena en ausencia de un denunciado en la primera instancia, por una incomparecencia no imputable a su voluntad o actuar negligente, suponga una indefensión*

*dado el complejo de garantías constitucionales del proceso de cuyo ejercicio se ve privado y que no son enteramente remediabiles en la apelación, a través de las posibilidades de discusión sobre el fondo y práctica de pruebas».*

<sup>23</sup> BRAGE CENDÁN, S. (2002). El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles (una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal). *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, núm. 27, pp. 19-29; MAGRANÉ OBRA-DÓ, M. (2012). Pasos a seguir para el desalojo de ¿OKUPAS? *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 126, pp. 40-51; MUÑOZ MARÍN, A. (2009). Delito de usurpación. Okupas. *CEFLegal: Revista práctica de derecho*, comentarios y casos prácticos, núm. 98, p. 169 y ROMERO-REQUEJO, C. M. (2014). Okupas: claves del desalojo por vía penal. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 138, 2014, pp. 44-51; VÁZQUEZ PÉREZ, A. (2015). El delito de usurpación: actuación policial ante una ocupación inminente, *Revista del Instituto de Estudios de Policía*, núm. 131, pp. 31-49.

<sup>24</sup> Respecto al juicio de faltas, pero aplicable ahora al juicio sobre delitos leves, dijeron VELASCO NÚÑEZ, E. y RUZ GUTIÉRREZ, P. (2011). *El juicio de faltas: aspectos penales y procesales*. Editorial Comares, p. 135: «La configuración del juicio de faltas como un procedimiento breve, sencillo y tendente a una inmediata convocatoria de la vista oral, teóricamente, le hace poco proclive a la adopción en su seno de medidas cautelares civiles o de carácter real, pues las responsabilidades de esta clase derivadas de la falta quedan perfectamente aseguradas en los pronunciamientos finales con la sentencia».

<sup>25</sup> Artículo 54 LECrim: «son causas legítimas de recusación (...) 12.º Haber sido instructor de la causa».

<sup>26</sup> MAGRO SERVET, V. (2011). Ocupación ilegal de inmuebles: ¿delito del artículo 245.2 CP o precario? *La Ley penal*, núm. 85, septiembre de 2011, p. 6, describe una situación habitual, en la que el propietario de la vivienda se desentiende de la vivienda y son los vecinos los que sufren actividades insalubres o molestas ejecutadas por los ocupantes.

<sup>27</sup> Establece el último inciso del artículo que «No será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo».

<sup>28</sup> Dice dicho artículo, tras la redacción dada por Ley 27/2003, de 31 de julio, que «Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley».

<sup>29</sup> MAGRO SERVET, V. (2011). *Ob. cit.*, p. 2 distingue entre legitimación para interponer la denuncia y la requerida para que se adopte la medida de desalojo: «aunque la denuncia de la ocupación ilegal la puede hacer cualquier persona, bien la comunidad de vecinos, el administrador de fincas, o un vecino, es preceptivo que el Juez de Guardia tome declaración al titular del inmueble, al objeto de que declare sobre los hechos y manifieste si la ocupación es con su consentimiento o no. Por ello, una cosa es que el hecho sea perseguible de oficio y otra la legitimación de la que carecen denunciante ajenos, y el titular debe declarar sobre el hecho».

<sup>30</sup> En este sentido, compartimos los acertados argumentos de TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M. (2003). Incidencia de la reforma operada por la Ley 38/2002. En: C. Conde-Pumpido Tourón y J. Garberí Llobregat (coord.), *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, Editorial Bosch, p. 1186: «Se debería reflexionar de una vez por todas si es útil mantener la acumulación de la acción penal y la civil, pues es esta la que anima en determinadas faltas a iniciar por los legitimados el proceso penal para obtener en él un resarcimiento que se piensa va a ser más rápido, fácil y económico que acudiendo al correspondiente proceso civil, de modo que se usa el juicio de faltas, forzando la calificación penal de los hechos, para obtener un resarcimiento. En estos casos, se asiste a una

auténtica perversión del sistema, pues la acción accesorio (la civil) se convierte realmente en la principal, siendo en la que más esfuerzo despliegan tanto las partes como el propio Tribunal, con resultados a veces notoriamente injustos, aunque estén animados del mejor de los propósitos».

<sup>31</sup> La STC 94/2005, de 18 de abril, ha declarado inidónea en el juicio de faltas la citación telefónica, aun cuando se documente mediante diligencia de constancia por el Letrado de la Administración de Justicia. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de enero de 2013 considera que no es una práctica aceptable dejar un aviso en el domicilio designado por el acusado para que este recoja la citación en el servicio común procesal de actos de comunicación.

<sup>32</sup> MAGRO SERVET, V. (2011). *Ob. cit.*, p. 5, destaca que «El problema es que, en estos casos, por razones obvias, la designación de domicilio en el que llevar a cabo las notificaciones se torna en dificultosa si estamos hablando de personas sin residencia que cometen este tipo de delitos para tener un lugar donde residir».

<sup>33</sup> Al respecto resulta interesante el artículo de MANGAS CAMPOS, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, núm. 8672, 28 de diciembre de 2015.

<sup>34</sup> Con arreglo a su párrafo sexto «Corresponde al Secretario judicial —denominado ahora Letrado de la Administración de Justicia— impulsar el proceso de ejecución de la sentencia dictando al efecto las diligencias necesarias, sin perjuicio de la competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la pena».

<sup>35</sup> Examinan la problemática FAIREN GUILLÉN, V. (2004). Los okupas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 34, pp. 31-48 y PINTÓ RUIZ, J. J. (2007). El fenómeno «Okupa»: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? *Economist & Jurist*. Vol. 15, núm. 108, pp. 28-34.

<sup>36</sup> Actualmente muchas entidades bancarias han adquirido la propiedad del inmueble en una ejecución hipotecaria y resulta frecuente que existan ocupantes que tenían contrato de arrendamiento —no inscrito en el Registro de la Propiedad— con el anterior propietario. En relación con la LEC de 1881 VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C. (1955). Legitimación activa y pasiva en los interdictos. *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, p. 818, consideró que incluso el mero detentador del bien ostenta legitimación activa en el interdicto para recobrar la posesión.

<sup>37</sup> STS, Sala Primera, de 30 de septiembre de 2005.

<sup>38</sup> PRIETO CASTRO, L. (1945). Interdictos de retener y recobrar. *Revista de Derecho procesal*, p. 191.

<sup>39</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2008: «la sentencia de la que se solicita su ejecución provisional no es una sentencia meramente declarativa, sino que es una sentencia claramente de condena al cumplimiento de una obligación de hacer, aún cuando haya sido dictada en un proceso sumario, perfectamente ejecutable provisionalmente (...) resulta un absurdo jurídico que el vencedor en el pleito para la tutela sumaria de la posesión, no pueda obtener esa tutela sumaria hasta después de haber vencido en un proceso declarativo ordinario posterior, lo cual convierte en completamente inútil el proceso interdictal».

<sup>40</sup> Destaca el apartado XII de la Exposición de Motivos de la vigente LEC que «La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad».

<sup>41</sup> La jurisprudencia tradicional de la Sala Primera incluía en el desahucio por precario al poseedor que nunca ha tenido título (SSTS de 25 de junio de 1964, de 27 de noviembre de 1968, y de 31 de enero de 1995). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2010 enumera la jurisprudencia contradictoria existente

entre las Audiencias Provinciales. Por nuestra parte se acoge el sentido amplio, como —entre otras— en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2009, dado que carece de sentido reducir el precario a los supuestos en que existió un consentimiento inicial por el titular. Acertadamente se dijo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 23 de junio de 2016 *«Es criterio de esta Sala el de la adopción del concepto amplio de precario, entendido como cualquier posesión “sin” título, lo cual comprende la posesión “sin” la voluntad y “contra” la voluntad del poseedor real, por lo que nada se opone a seguir un juicio de precario contra los simples ocupantes»*.

<sup>42</sup> Propiedad que puede acreditarse con la escritura de compraventa *«sin que tenga que aportarse ni exigirse, ninguna inscripción del Registro de la Propiedad»*, tal y como destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.<sup>a</sup>, 24 de febrero de 2015.

<sup>43</sup> Entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2010 dijo que *«La prosperidad de la acción de desahucio por precario, requiere, por tanto, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º) la posesión real de la finca por el demandante o demandantes a título de dueño o cualquier otro derecho real que le permita su disfrute, y 2.º) la posesión material carente de título y sin pago de merced por el demandado»*.

<sup>44</sup> En caso de que se demande a los ignorados ocupantes, cualquiera de ellos puede comparecer en el procedimiento con Abogado y Procurador, sin que puedan limitarse a interesar la designación de dichos profesionales cuando les plazca: véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.<sup>a</sup>, 28 de julio de 2014.

<sup>45</sup> Recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2015 que en este procedimiento no se aplica la legislación de protección del deudor hipotecario (actualmente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

<sup>46</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2009: *«El juicio especial se limita, como antes, a dilucidar sobre la posesión como hecho, reconociéndola en el demandado, o afirmando por el contrario la inexistencia de título de poseer que valide la ocupación del inmueble frente al actor, en cuyo caso ha de ser estimado el desahucio»*.

<sup>47</sup> El Tribunal Supremo, consciente de que la LEC de 1881 no decía nada sobre la forma del requerimiento, aceptó que bastaba un acta notarial (STS, Sala Primera, de 12 de junio de 1963).

<sup>48</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2008). *Derecho Penal español. Parte especial*. Atelier, p. 410: *«el ocupa, que jurídicamente no es sino un precarista, para ser desahuciado debe ser previamente requerido para que desaloje la finca»*.

<sup>49</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 7.<sup>a</sup>, de 7 de marzo de 2013 y de Madrid, sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2012.

<sup>50</sup> SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (2004). *Ob. cit.*, p. 14. Por su parte, RUIZ BLAY, G. (2014). La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado. *Diario La Ley*, núm. 8429, 26 de noviembre de 2014, p. 5, considera que el ánimo de oposición del propietario al usurpador puede acreditarse con la interposición de una denuncia policial.

<sup>51</sup> MARTÍ MARTÍ, J. (2011). Los colectivos «ocupas» y la respuesta del Derecho Penal. *Diario La Ley*, núm. 7556, 27 de enero de 2011, p. 7: *«ese trámite de la denuncia penal y posterior tramitación es esencial, si no para el proceso penal, sí para que en el proceso civil de desahucio por precario no quepa ninguna duda de que el propietario no ha autorizado ni consentido la ocupación de su propiedad y por ello interpone, fundadamente, el proceso de desahucio por precario contra el colectivo «ocupa»*.

<sup>52</sup> En la STS, Sala Primera, de 16 de julio de 2010 aparecen como demandados los ignorados ocupantes de determinada vivienda. También en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales: Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 2012; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 2012; y, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 23 de junio de 2016.



<sup>53</sup> No cabe inadmitir a trámite la demanda por la falta de identificación de los demandados. En este sentido, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20.<sup>a</sup>, de 9 de octubre de 2012 se dijo que *«se ejercita la acción de precario, y para que la relación jurídico procesal quede válidamente constituida, lo esencial es que se determine la relación de la parte demandada con el objeto del proceso y se posibilite su comparecencia y defensa, lo que se cumple cuando se designa el domicilio donde puedan ser citados los demandados, pues ello les permite y posibilita personarse en cualquiera de las formas admitidas en derecho, previa identificación y junto a los ignorados ocupantes, que siempre serán parte en cuanto la jurisprudencia admite identificar de tal manera y en ciertos casos, a la parte demandada. En definitiva, los argumentos que sirven de base al auto apelado para inadmitir la demanda, no constar identificados los demandados y dirigirse la demanda frente a persona indeterminada, no pueden considerarse suficientes para inadmitir la demanda, en cuanto tal interpretación, es contraria a la propia naturaleza recuperatoria de la acción que se ejercita e impide su ejercicio efectivo, con la vulneración que ello implica del derecho a la tutela judicial efectiva»*.

<sup>54</sup> La calificación del contrato de arrendamiento como fraudulento ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en las ejecuciones hipotecarias (SSTC 69/1995, de 9 de mayo y 158/1997, de 2 de octubre y ATC 309/1994, de 14 de noviembre).

<sup>55</sup> Aunque pueda existir un delito de estafa en el que sea víctima el perjudicado en nada afecta al título esgrimido por el demandante en el desahucio por precario y deben evitarse suspensiones por una prejudicialidad penal en el que el demandante no tiene nada que ver.

<sup>56</sup> Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 9 de octubre de 2007 y de 23 de enero de 2009.

<sup>57</sup> Dado que estamos en un procedimiento judicial y no ante una inscripción en el Registro de la Propiedad, sujeta está al tracto sucesivo —siquiera abreviado (RDGRN de 17 de mayo de 2016)— puede entenderse legitimado por sucesión universal aquella entidad bancaria que haya sucedido a otra por cualquier modalidad de modificación estructural societaria. En nuestro trabajo ARAGONÉS SEJO, S. y HERMOSA FONTANALS, E. (2015). Los bancos fusionados como sucesores en la ejecución hipotecaria: la ejecución sobre bien hipotecado sin previa inscripción en el Registro de la Propiedad. *Diario La Ley*, núm. 8459, 15 de enero de 2015, tras examinar la jurisprudencia —STS, Sala Primera, de 29 de junio de 1989— y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 y de 8 de julio de 2013 y de 11 de octubre de 2013, se concluye que debe distinguirse entre la legitimación activa del banco fusionado para interponer la demanda ejecutiva y el tracto sucesivo tras la adjudicación del inmueble subastado. Pueden conocerse los argumentos contrarios a lo que aquí se defiende en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2015). La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, pp. 415-433.

<sup>58</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de septiembre de 2014: *«no puede confundirse las acciones que tienen por objeto la tutela de la posesión (antigua interdical), de la del artículo 41 LH que pretende la efectividad de los derechos reales inscritos, a la que no resulta de aplicación el motivo de inadmisibilidad que parece alegar el demandado al amparo del artículo 439.1 LEC. En todo caso, se ha de insistir en que la recurrente no alega en su defensa ninguno de los motivos de oposición recogidos en el artículo 444.2 LEC, sin que la pretendida ocupación de la finca de autos durante 8 años ni la función social de la propiedad puedan incluirse en ninguno de ellos»*.

<sup>59</sup> DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial III: Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad y la posesión*, Civitas, p. 502.

<sup>60</sup> Ejemplos de demandas dirigidas contra ignorados ocupantes: Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2004; sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de septiembre de 2014; y, sección 19.<sup>a</sup>, de 17 de marzo de 2016. La primera de estas sentencias explica el motivo de que se demande a los ignorados ocupantes: *«no cabe exigir a la actora que conozca previamente la identidad de las personas que ocupan las viviendas de su pro-*

*piedad, máxime cuando, como acertadamente recoge la resolución impugnada, la indicada ocupación suele ser practicada por grupos fluctuantes de muy difícil o imposible determinación, extremo que queda acreditado con las diligencias practicadas en el proceso penal en el que a la policía judicial no le fue posible determinar tal identidad, y corroborado en la presente causa, en que pese a los reiterados intentos del juzgado por practicar la diligencia de citación a juicio, la misma resultó imposible, recogiendo manifestaciones de vecinos en el sentido de que las fincas se hallaban ocupadas pero que lo estaban los fines de semana y por la tarde-noche aunque añadieron que algunas veces también los veían por la mañana. La exigencia de identificar y demandar a los ocupantes de la finca que pretenden los recurrentes, y a la que no contribuyen, pues ni siquiera identificaron a los cuatro ciudadanos que supuestamente residían en el lugar, conduciría a la denegación de la tutela judicial que merece la actora en su condición de titular dominical y que está protegida a través de la acción prevista en el artículo 41 de la LH, frente a quienes no han podido alegar derecho alguno a la ocupación».*

<sup>61</sup> Resume la función y criterios para la fijación de la caución la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 15 de diciembre de 2015: «*La caución tiene un doble fundamento y objetivo. Por un lado asegurar la ejecución ante una eventual estimación de la demanda principal frente al poseedor o perturbador de una finca registral ajena, garantizando las costas procesales y la devolución de los frutos o la indemnización de perjuicios; y, por otro, un objetivo disuasorio frente a posibles abusos u oposiciones infundadas sin otra finalidad que dilatar un procedimiento manteniéndose sin derecho amparable en el despojo o en la perturbación frente al titular registral. El Tribunal Constitucional (Sentencia 202/87, de 17 de diciembre), no apreció vicio de inconstitucionalidad alguno en el hecho de que gozando el demandado del beneficio de justicia gratuita se le exija la prestación de caución, no obstante lo cual a la hora de fijar su cuantía, se impone a los órganos judiciales una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, las consecuencias económicas que para el demandante se deriven de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, daños y perjuicios y costas procesales), así como de la capacidad económica de este».* Opinaba RUIZ SÁNCHEZ, J. L. (1969). Problemática de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 472, p. 627 que «*la caución exigible no puede ser objeto, insistimos, de una estimación cuantitativa reglada. Su fijación vendrá condicionada por la titulación y motivaciones del escrito inicial, al objeto de que se cumpla la justicia, función primordial de los organismos jurisdiccionales».*

<sup>62</sup> ROCA SASTRE consideraba que «*el procedimiento del artículo 41 y el interdicto de recobrar persiguen la defensa de dos posiciones de tipo diferente (...) la posesión del titular inscrito que el artículo 38 presume y el artículo 41 defiende no es la posesión en sí misma considerada, abstracción hecha de si el poseedor es o no propietario, sino que es la posesión de un propietario que se presume tal por ser titular del dominio o derecho real según el Registro, o sea que se trata de la posesión emanada de la propiedad como manifestación del ius possidendi, que constituye una de las facultades que integran el contenido del dominio o de los derechos reales que implican posesión»* [ROCA SASTRE, R. M. (1954) *Derecho hipotecario*, editorial Bosch, tomo I, p. 320].

<sup>63</sup> En la STS, Sala Primera, de 20 de octubre de 1949 se considera que la presunción posesoria que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria no es de la posesión material, ya que si el titular se hallase en esa posesión no necesitaría ejercitar acción alguna para reclamarla.

<sup>64</sup> Díez PICAZO, L. (2008). *Ob. cit.*, p. 509.

<sup>65</sup> Dispone el artículo 6.5 de la Ley de asistencia jurídica gratuita que «*el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: 5. Exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos».* Solo estarán exentos del pago de la caución las entidades locales (art. 173.2 del Texto

refundido de la Ley reguladora de haciendas locales), y las administraciones públicas (art. 12 de la Ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas).

<sup>66</sup> La jurisprudencia recaída en esta clase de procedimientos no parece exigir una prueba plena del título del ocupante que se opone. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19.<sup>a</sup>, de 17 de marzo de 2016 —que cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.<sup>a</sup>, de 20 de diciembre de 2001— se considera que *«En los supuestos en los que se invoca la existencia de cualquier relación jurídica, como base de la contradicción, la cuestión se concreta en determinar si concurre —basta la evidencia indiciaria— alguna relación que legitime el uso y posesión, sin que sea precisa una prueba plena de su existencia ni una determinación concluyente sobre los derechos controvertidos, ya que escapa del ámbito limitado de este proceso un estudio en profundidad sobre la existencia de dichos derechos»*.

<sup>67</sup> Tras la reforma hipotecaria el Tribunal Supremo, Sala Primera, siguió admitiendo la subsistencia de la facultad concebida al titular inscrito para obtener el desahucio por precario (Sentencias de 19 de noviembre de 1949, y de 4 de mayo de 1950, entre otras).

*(Trabajo recibido el 5-11-2016 y aceptado  
para su publicación el 14-11-2016)*