

DEFENSA DE LA PROPIEDAD
FRENTE A LA OCUPACIÓN NO CONSENTIDA DE UNA FINCA

LA PERTURBACIÓN DE DERECHOS REALES INSCRITOS.
LA ACCIÓN DE LOS ARTS. 41 LH y 250.1.7° LEC

¿Cuál es la mejor acción para defender la propiedad frente a la ocupación no consentida de una finca?

Existe la acción de precario (art. 250.1.2° LEC), la acción de recuperación de la posesión (art.250.1.4° LEC) y la acción de efectividad de los derechos reales inscritos (art. 41 LH y 250.1.7° LEC).

A nuestro juicio, por las especificidades procedimentales que implica la acción del art. 41 LH y 250.1.7° LEC, ésta es la mejor opción para defender la propiedad frente a la ocupación no consentida de una finca.

El art. **41 LH** establece que “Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente”.

Por otro lado, la LEC define esta acción, propia del ámbito del juicio verbal, en el art. **250.1.7°**: son las acciones que “instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación”.

De estas características especiales a las que antes hacía referencia y, con ánimo eminentemente descriptivo y práctico, voy a ocuparme a continuación.

En primer lugar, la regulación de estas especialidades de proceso las encontramos en los arts. **439.2, 440.2, 441.3 y 444.2 LEC**. En ellos se nos describen los requisitos de admisión de la demanda (título inscrito, solicitud de medidas y fijación de una caución para oponerse), las especialidades de tramitación del proceso (apercibimientos al demandado y adopción de medidas) y las limitaciones a la oposición (prestación de caución y *numerus clausus* de causas de oposición).

En concreto, lo más destacado es que se trata de un proceso especial y sumario en el que, si bien la actora debe cumplir con una serie de requisitos para que se admita la demanda, para oponerse, el demandado deberá prestar caución y constreñirse a unas causas de oposición limitadas.

A) REQUISITOS DE LA DEMANDA (439.2 LEC):

El primer requisito de admisión de la demanda es que a la misma se acompañe **certificación literal del Registro de la Propiedad** que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante (439.2.3 LEC). Cuestión lógica pues se está ejercitando una acción de efectividad del derecho real inscrito frente a quien se opone o perturba su ejercicio.

Se trata del tipo de certificación al que se refiere el art. 232 LH; no parece necesario que el Registrador emplee literalmente la expresión “sin contradicción alguna” pero sí que utilice cualquier otra equivalente que exprese la inexistencia de contradicción.

Por otro lado, el art. 137 RH (que sigue formalmente vigente y desarrollaba el procedimiento del art. 41 LH), en este caso, hacía referencia a la exigencia de tener que aportar, junto al certificado del Registro, el título adquisitivo. Esto último, a la vista del art. 439.2 LEC debe entenderse hoy sin efecto.

En segundo lugar, en la demanda deben solicitarse y expresarse las **medidas** que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia (439.2.1 LEC). Se trata de medidas de naturaleza cautelar pero que no se encuentran sometidas al régimen jurídico general de las medidas cautelares de los arts. 721 y ss. LEC, ya que se adoptarán sin posibilidad de contradicción, tan pronto se admita la demanda (441.3 LEC).

La ley no enumera el tipo de medidas que puedan solicitarse y únicamente indica que serán las “que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere”. En todo caso, no podremos solicitar medidas que supongan una anticipación del fallo de la sentencia.

Recomendamos solicitar, por ejemplo, que se les requiera a los demandados para que cesen en la perturbación; o que se les requiera para que se abstengan de causar cualquier deterioro o ruina en la finca.

También puede defenderse que para cumplir el requisito formal de admisión, es válido simplemente poner de manifiesto en la demanda que se renuncia a la solicitud de cualquier medida. Al respecto, QUERAL CARBONELL entiende que el legislador prevé la inadmisión de la demanda sólo si en ella se omite toda referencia a dichas medidas pero que la renuncia expresa a que se adopten las mismas no debería dar lugar a la inadmisión (en este sentido Auto AP Burgos de 5/11/2003).

En último lugar, la actora también deberá expresar en la demanda que **caución** ha de prestar el demandado en caso de comparecer y querer contestar. La caución será para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio (439.2.2 y 444.2 LEC).

En este caso la ley sí contempla expresamente la posibilidad de renuncia a establecer caución por parte de la actora, no obstante, habitualmente esto no tiene sentido porque la exigencia de caución al demandado para oponerse es, justamente, una de las características más atractivas de este proceso. La duda radica en la cuantía y los fundamentos que deba expresar la actora respecto de dicha caución.

Debemos tener en cuenta que la fijación de esta caución tiene como objetivo evitar oposiciones infundadas y resarcir los posibles daños y perjuicios irrogados a la actora y que para la cuantificación, aplicando siempre el criterio de proporcionalidad, tendremos que defender que el montante ha de indemnizar no sólo los daños y perjuicios producidos como consecuencia de la dilación de la oposición sino que debe extenderse a todos los correspondientes al tiempo durante el que la finca ha sido ocupada ilegítimamente.

En este sentido, recomendamos cuantificar la caución en el equivalente a los frutos civiles que la actora podría obtener por la explotación, mediante el arrendamiento a terceros, del inmueble ocupado ilegítimamente. (En este sentido SAP Madrid, secc. 13ª de 14/01/2010; SAP Madrid, secc.11 de 4/03/2008; SAP Málaga, secc.4ª, de 10/07/2009). En este caso debería aportarse prueba documental de ofertas de alquiler de viviendas de análogas características o bien la valoración del precio de alquiler realizada por un API. La caución equivaldría a tantas rentas como prudencialmente queramos fijar. Es también aconsejable indicar que en la decisión el juzgador deberá considerar el presumible importe de las costas procesales.

En todo caso, cualquier defecto en el cumplimiento de las exigencias del art. 439.2 LEC, cuya naturaleza debe defenderse como subsanable ex. art. 231 LEC, debería dar lugar al otorgamiento de un plazo de subsanación previo a la inadmisión. Si se dictase auto de inadmisión éste sería susceptible de apelación.

Junto a estos tres requisitos de admisión también hemos de referirnos a varios aspectos importantes -en la práctica- a la hora de interponer esta acción: competencia, cuantía del procedimiento (por su relación con la tasa judicial) y legitimación pasiva.

La **competencia** territorial corresponderá al Tribunal del partido judicial en el que se encuentre la finca ocupada (52.1.1ª LEC).

En relación a la **cuantía del procedimiento**, la cuantía debe fijarse conforme a las reglas del art. 251.2 LEC: precio de mercado del bien litigioso y, si no es posible determinarlo, el que conste en el Catastro. Habitualmente lo interesante será usar este último criterio ya que la Tasa judicial se devengará siempre que la cuantía sea superior a 2.000 € y, en tal caso, al tramitarse como juicio verbal, será exigible una Tasa con cantidad fija de 150 € más el variable.

En cuanto a la **legitimación pasiva** podemos encontrarnos con ciertas dudas ya que lo habitual es que desconozcamos la identidad de quienes perturban o se oponen al ejercicio de nuestro derecho real inscrito. Consecuentemente, tendremos que demandar a los “ignorados ocupantes”.

Hemos de defender que se está demandando a personas determinadas: las personas que ocupen la finca. No existe indeterminación, únicamente no es posible su identificación, ya que la actora no ha mantenido nunca relaciones ni contacto con dichos ocupantes. La realidad de estas situaciones es que los ocupantes ilegítimos permanecen temporalmente en la finca y son periódicamente sucedidos por otros ocupantes distintos, pudiendo incluso variar durante la tramitación del procedimiento. Ello no puede erigirse en obstáculo para la tramitación del procedimiento, de otro modo causaríamos indefensión al

impedir preclusivamente el ejercicio de un derecho. El art. 437 LEC permite indicar los datos y circunstancias de identificación del demandado, sin exigir sus nombres y apellidos (en este sentido SAP Barcelona 15/07/2008 y SAP Málaga 18/01/2000).

Para salvaguardar los derechos de todos los demandados y llegar a conocimiento del mayor número de ocupantes posible, lo aconsejable es pedir en la demanda la citación en la finca objeto de litigio y, simultáneamente, mediante edictos en el tablón de anuncios del juzgado.

B) ESPECIALIDADES DE LA TRAMITACIÓN (440.2 y 441.3 LEC):

Las especialidades en relación con la tramitación del proceso se refieren a los apercibimientos al demandado en el momento de citación a la vista y a la adopción de las medidas solicitadas por el actor en la demanda.

La **adopción de las medidas** solicitadas por el actor en la demanda se efectuará tan pronto ésta se admita (441.3 LEC). Esto confirma, como hemos dicho antes, que se trata de medidas de naturaleza cautelar pero que no se encuentran sometidas al régimen jurídico general de las medidas cautelares de los arts. 721 y ss. LEC, ya que se adoptan sin posibilidad de contradicción. No existe oposición específica del demandado a las medidas; éste deberá esperarse a la vista y, tras prestar caución, oponerse a la demanda. Sólo triunfando la oposición a la demanda obtendrá el alzamiento de las medidas.

La adopción de las medidas requiere de la previa admisión de la demanda, por lo tanto, como la admisión se efectuará por Decreto (art. 440 LEC), el Secretario Judicial habrá analizado previamente el cumplimiento de los requisitos del art. 439.2 LEC. Al establecer la Ley que las medidas debe acordarlas el Tribunal, lo habitual es que junto al Decreto de admisión, el Juez acuerde su adopción por resolución aparte. No podrán adoptarse medidas no solicitadas pero sí acordarse algunas menos intensas. Contra la resolución que acuerde o deniegue las medidas cabrá recurso de reposición, lo cual, salvo en supuestos concretos, no es recomendable porque en la mayoría de casos las medidas se han solicitado como mero requisito formal.

Por otro lado, el art. 440.2 LEC establece los **apercibimientos al demandado en el momento de citación a la vista**. En primer lugar, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. Esto es, la incomparecencia del demandado equivaldrá al allanamiento. Se producirá el mismo efecto si el demandado comparece al acto de la vista pero no presta caución.

También cabe mencionar, en cuanto al señalamiento de la vista, que hemos de diferenciar entre **la vista para fijación de la caución y la vista para la oposición**. El art. 440.2 LEC indica que el tribunal determinará la cuantía de la caución, dentro de la solicitada por el actor, tras oír al demandado comparecido. Por otro lado, la caución podrá otorgarse en las formas establecidas en el art. 64.2 LEC (art. 444.2 LEC), esto es, dinero en efectivo, aval u otro medio que a juicio del Tribunal garantice la inmediata disponibilidad; así que el otorgamiento de caución no siempre podrá ser inmediato. Por lo tanto, aunque el redactado no es claro, parece que el legislador ha querido diferenciar entre una primera comparecencia del demandado para oírle sobre la cuantía de la

caución y un segundo señalamiento en el que, tras prestar dicha caución, pueda efectuar su oposición a la demanda.

Sobre esta cuestión no hay un criterio generalizado; algunos juzgados convocan a una única vista y otros señalan una comparecencia para la caución y otra para la oposición. Incluso podemos encontrarnos el caso en que el juzgado fija *ab initio* la cuantía de la caución y, si el demandado quiere oponerse, deberá hacer constar su intención y que se señale una vista a tal efecto.

Lo importante aquí es que la convocatoria de la vista de oposición sea lo antes posible y, si el demandado no comparece, se desplieguen automáticamente los efectos del allanamiento.

C) LIMITACIONES A LA OPOSICIÓN (442.2 LEC):

Como se ha dicho, una de las características más atractivas de este proceso es que el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si presta la **caución** determinada y sólo podrá oponerse por las causas establecidas en el art.442.2 LEC. Ahora bien, debe considerarse que ésta última restricción no afecta a las excepciones procesales y demás causas de nulidad que puedan asistir al demandado y cuya alegación no está sometidas a limitación legal en cuanto al contenido de las mismas pero sí lo está en cuanto a la previa consignación de la caución, sin la cual no podrá esgrimirlas.

Esta contundente afirmación está amparada por la doctrina de nuestra Audiencia (SAP Barcelona de 3/12/2004) y la del Tribunal Constitucional (STC, Sala 2ª, de 25/02/2002). Se trata de una exigencia que ha de observarse por imperativo legal y que, si se pondera en relación con las circunstancias aplicables al caso, no vulnera en modo alguno el derecho a la tutela judicial efectiva; incluso en los supuestos en los que el demandado litigue con el beneficio de Justicia gratuita.

Finalmente, la última característica de este proceso es que la **oposición** únicamente podrá fundarse en las siguientes causas:

1.- Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.

Se refiere a que la certificación registral aportada por el actor sea contraria a lo existente en el asiento registral o contenga omisiones; en definitiva, que exista contradicción entre la certificación y la inscripción registral.

2.- 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 ésta deba perjudicar al titular inscrito.

Dado que el procedimiento que nos ocupa es especial, sumario y de cognición limitada, bastará en este caso de oposición la mera aportación de un título que ofrezca verosimilitud para desestimar la demanda y reservar a las partes sus derechos para el juicio declarativo correspondiente. Esto es, al demandado le basta con demostrar que no es un intruso. Por ejemplo, la existencia de un contrato de arrendamiento vigente sobre la finca es causa de oposición suficiente, bastando una apariencia de título.

Ahora bien, en el caso de que, resuelto el arrendamiento, los subarrendatarios continúen ocupando la finca, éstos deberán ser considerados meros perturbadores. Esto es así por la exigencia de que la relación jurídica sea “directa”, pues con ello la Ley trata de alejar relaciones jurídicas creadas en favor de quienes han contratado a espaldas del titular registral.

3.- 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.

Se refiere a los casos de doble inscripción en que una misma finca se halla inscrita en dos folios registrales distintos; en uno a favor del actor y en otro a favor del demandado.

4.- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

Esto es, que la perturbación no se ha producido en la finca inscrita propiedad del actor.

Por último, conforme a lo establecido en el art. 438.1 LEC, el demandado no podrá efectuar reconvencción. Asimismo, en cuanto a la prueba, no existen restricciones procesales más allá de las derivadas del objeto del proceso, las causas de oposición de fondo permitidas y la pertinencia y utilidad de la misma en relación a los hechos controvertidos.

La Sentencia que se dicte carecerá en todo caso de efectos de cosa juzgada (art. 447.3 LEC).