

La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación

Ignacio LÓPEZ CHOCARRO

Procurador de los Tribunales

Diario La Ley, Nº 9204, Sección Tribuna, 24 de Mayo de 2018, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada
Jurisprudencia comentada
Comentarios

I. Opciones procesales en el ámbito civil para hacer frente a la ocupación ilegal

Hace algunos meses y con motivo de la tramitación de la proposición de Ley de modificación de la LEC (Ley 1/2000 (LA LEY 58/2000)) por la que se regula un procedimiento específico para garantizar la posesión de las viviendas titularidad de propietarios personas físicas y para asegurar a las entidades sociales y a las Administraciones Públicas la disponibilidad de las viviendas en su haber destinadas a alquiler social (1), tuve el honor de intervenir junto con otros operadores jurídicos ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados al objeto de poder dar mi humilde opinión sobre el texto de la propuesta (2).

No voy ahora a entrar de nuevo en el debate que allí nos ocupaba, pues tampoco es objeto del presente trabajo y además dada su reciente aprobación en el Congreso tiempo habrá para analizarla una vez llegue a entrar en vigor, pero sí quiero referirme a un aspecto eminentemente procesal que ya traté entonces y que curiosamente ha sido posteriormente recogido o reflejado en dos recientes resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona a las que más adelante me referiré.

Haciendo abstracción de los procedimientos de usurpación previstos en nuestro Código Penal, de escasa utilidad práctica —dicho sea con el debido respeto— y entrando en la vía de la jurisdicción civil, hice alusión a los tres mecanismos que nos brinda la LEC para recuperar la posesión y que no son otros que el interdicto de recobrar, el precario y por el último el proceso, también verbal, para la efectividad de los derechos reales inscritos previsto en el art. 250.1.7.º de la LEC (LA LEY 58/2000) (antiguo art. 41 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) (3)).

Descarté en cuanto a celeridad en su tramitación a los dos primeros, ya que sin una medida cautelar previa (anticipativa del fallo), no prevista legalmente y que precisamente era el principal objeto a debate en la nueva propuesta de Ley (4), la tramitación de estos procedimientos bien puede alargarse en su tramitación más allá de los dos años.

Ante este panorama y por supuesto si el propietario de la finca tiene el título debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 439.2.3.º LEC (LA LEY 58/2000)), la vía a elegir parece bien clara y en mi modesta opinión no es otra que la del verbal que recoge el art. 250.1.7.º (LA LEY 58/2000).

¿Y por qué de esa elección?

Pues porque al menos inicialmente, con el texto de nuestra Ley rituarial en la mano, parecía que el legislador ya había previsto estas situaciones a las que por desgracia nos ha conducido la grave crisis económica padecida en nuestro país y por ejemplo exige como requisito previo de admisión a trámite de la demanda que el actor exprese en la misma (ex art. 439.2.1.º (LA LEY 58/2000)):

— Las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere, a las cuales, aunque la Ley no lo diga, entiendo que se puede renunciar (**en tal sentido Auto AP.Burgos, Sección 2.ª, de 5 de noviembre de 2.003 (LA LEY 178852/2003)** (5)) y es lo que se suele hacer, ya que siendo prácticamente imposible que de forma cautelar (medida anticipativa) y sin tener sentencia se nos haga entrega de la posesión, cualquier otra medida carece de efectividad alguna.

- La caución (ésta sí expresamente renunciable) que habría de prestar el demandado en caso de comparecer y contestar a la demanda, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente y de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio.

IMPORTANTE: caución (ex art. 444.2 de la LEC (LA LEY 58/2000)) sin cuya prestación el demandado no podrá oponerse a la demanda.

En más del 90% de los casos los demandados no atendían la caución fijada por el Juzgado

En la Comisión de Justicia advertí a los diputados allí presentes que por mi experiencia, en más del 90% de los casos los demandados no atendían la caución fijada por el Juzgado, con lo que teóricamente se debería pasar directamente al dictado de la sentencia, acordando las actuaciones que para la efectividad del derecho inscrito prevé este proceso singular y en principio expeditivo (art. 440.2), si bien el procedimiento se retrasa innecesariamente, ya que siguiendo el articulado de la Ley, la no prestación de la fianza no

exime de la celebración de la vista del juicio, prevista normalmente a meses vista de la comparecencia previa prevista para fijar el importe de la caución.

No obstante lo anterior, quise insistir en una cuestión que generaba muchas dudas y también cierta desazón por la situación de clara desigualdad que se producía con respecto, por ejemplo, a los procesos de desahucio por falta de pago o expiración del término y me explico;

Si no se presta la caución, no te puedes oponer por lo que en principio te ha precluido ese derecho a la oposición (al menos en cuanto al «fondo» por lo que más adelante señalaré); entonces cómo va a ser posible que luego tengas derecho al recurso de apelación contra la sentencia estimatoria?

Es decir, aquella persona que por ejemplo ante una situación de paro no puede atender el pago de las rentas y ha sido condenada a desalojar su vivienda con motivo de un desahucio por falta de pago, no tiene derecho al recurso de apelación si no acredita previamente estar al corriente de pago de las rentas (ex art. 449.1 LEC (LA LEY 58/2000) (6)) y en cambio, siguiendo con nuestro verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos, el ocupante viene a ser de mejor condición y aunque no haya prestado la caución inicial y por ende no se haya opuesto a la demanda, puede recurrir tranquilamente la sentencia sin requisito previo alguno que le impida apelar con el único fin de alargar el proceso y en definitiva retrasar la recuperación de la posesión por parte del actor.

II. Reciente examen de la cuestión por nuestros Tribunales

Pues bien pocos meses después de esas comparecencias ante la Comisión de Justicia del Congreso, la Audiencia Provincial de Barcelona, en concreto la **Sección 17.ª (auto n.º 332/17 de 17 de noviembre de 2.017 (7))** resolvió al respecto de esta cuestión, denegando el recurso de queja interpuesto por un demandado ante la inadmisión del previo recurso de apelación contra la sentencia estimatoria del verbal, fundamentando dicha inadmisión en que si el demandado, tal y como meridianamente establece nuestra LEC, no presta la caución, no puede oponerse a la demanda, tampoco entonces se le puede admitir el posterior recurso de apelación contra la sentencia estimatoria de la demanda (8) .

Cierto es que la Sala señala que podría cuestionarse si la caución exigida para oponerse puede convertir en impracticable el ejercicio del derecho de defensa (al respecto, por su claridad, recordar la **STC de 25 de febrero de 2.002 (LA LEY 4514/2002) (9))**, añadiendo que ni eso es lo que se plantea en el recurso y aquí viene lo importante (vuelvo ahora al tema de la oposición al «fondo» o a las «formas»), que esas presuntas o posibles irregularidades formales sólo pueden plantearse por el cauce de la oposición, que como he señalado repetidamente, exige la previa prestación de la fianza o caución.

Comparto absolutamente el razonamiento de la, si se me permite, «atrevida» para algunos resolución de la Sección 17.ª, ya que su planteamiento es de claro sentido común, si bien es justo reconocer que de «lege lata», la actual configuración legal de acceso al recurso de apelación hace que cuanto menos sea discutible su postura y dudo mucho que ésta vaya a ser la que se imponga mayoritariamente en nuestras Audiencias (en idéntico sentido aunque con una cuanto menos curiosa lectura del último párrafo del art. 441.4 la **Sentencia de la AP de Madrid, Sección 14.ª de 20/10/2016 (LA LEY 183842/2016) (10))**.

Más recientemente y en un caso prácticamente idéntico al anteriormente analizado, si bien esta vez entrando a

resolver el recurso de apelación interpuesto y admitido en su día contra la sentencia dictada en primera instancia, se ha pronunciado la **Sección 13.^a**, también de la **Audiencia Provincial de Barcelona (sentencia 218/18 de 28 de marzo (LA LEY 24326/2018) (11))**, en donde en su fundamento jurídico tercero señala que «la no prestación de la caución por imperativo legal, conforme a la LEC, art. 440.2 (LA LEY 58/2000), conlleva la misma consecuencia que la que acarrearía su falta de comparecencia o no oposición, es decir el dictado de la sentencia», añadiendo y aquí está lo importante «de ser estimatoria, por concurrir los presupuestos, el demandado no puede recurrir en apelación el fondo, en tanto supondría sostener *per saltum* una oposición que en la LEC no se hubiera permitido plantear en la instancia pues la vista del verbal es el momento preclusivo para que los demandados expongan los fundamentos de su oposición....y en cuyo acto no realizaron alegaciones al estarles prohibido por no prestar la caución señalada por el Juzgado».

Es justo reconocer, insisto, que la Sección 13.^a, a diferencia de la Sección 17.^a cuando resuelve el recurso de queja, ha entrado a conocer el recurso de apelación sin rechazarlo *ad limine*, dando a entender que hasta que la LEC no se modifique, cuando no se ha prestado caución, parece que la Sala de apelación está al menos obligada a revisar los requisitos de forma, una revisión que dada la pesada carga de trabajo que soportan nuestras Audiencias Provinciales en este caso se ha producido casi dos años después del dictado de la sentencia en 1.^a Instancia.

Disculpen Vdes., pero convendría preguntarse ¿en qué requisitos de forma está pensando la Sala. En los de la citación, que ni tan siquiera han sido denunciados en la primera comparecencia (ex 166.2 LEC (LA LEY 58/2000)) o en el importe de la caución, que a buen seguro, en la mayoría de los casos, tampoco debió ser recurrida en el momento de su fijación?

III. Conclusiones

Todo lo anterior sin duda alguna nos debe llevar a una profunda reflexión, especialmente a nuestro legislador, para que tome nota de estas y otras muchas contradicciones que han sido reiteradamente advertidas y que curiosamente pasa el tiempo y no acaban de ser solucionadas aun a pesar de constantes reformas parciales a las que se somete a nuestra Ley de procedimiento por excelencia (LEC).

Quizás —insisto con el texto de la Ley en la mano— sea más prudente la postura mantenida por la última de las resoluciones analizadas, pero parece claro que de *lege ferenda* debería imponerse la referida inadmisión *ad limine* del recurso de apelación cuando previamente no se haya prestado la caución para oponerse.

Ello, como he dicho antes, requerirá de una reforma de nuestra LEC, introduciendo por ejemplo un nuevo párrafo en el art. 449 (LA LEY 58/2000), que establezca como requisito previo para recurrir la sentencia dictada en estos juicios verbales el haber prestado la caución inicial para oponerse en base a alguna de las causas recogidas en el art. 444.2, (LA LEY 58/2000) caución que igualmente como requisito previo de oposición entiendo debería introducirse en los desahucios por precario.

Con ello nos evitaríamos un sinnúmero de inútiles recursos de apelación, con claras finalidades meramente dilatorias, lo cual nos debería servir, además de conseguir liberar de trabajo a nuestras Audiencias, para agilizar la tramitación de estos procedimientos, agilización que también traería consigo, además de la más que demostrada dinamización del mercado de alquiler de viviendas cuando se produce un entorno de mayor seguridad jurídica, una verdadera implicación de nuestras Instituciones Públicas para dotar con suficientes medios económicos y materiales a los Servicios Sociales de los distintos Ayuntamientos con lo que afrontar y responder con garantías a la lacra que suponen los cientos de lanzamientos que a diario se producen en nuestro país, garantizando en la medida de lo posible el derecho a una vivienda digna, especialmente para aquellas personas que por desgracia se encuentran en una situación de claro riesgo de exclusión social.

Nos van a sobrar oportunidades para mejorar la tramitación del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos

No me cabe ninguna duda que con la más que discutible forma de legislar que actualmente nos ocupa, en donde por ejemplo con motivo de una reforma de apenas tres preceptos de nuestra LEC que recogen la condena en costas (art. 394 y (LA LEY 58/2000) ss.), se aprovecha el trámite de enmiendas para introducir casi 100, que afectan a otros muchos tantos preceptos de nuestra LEC en cuestiones tan sensibles como por ejemplo el acceso al recurso de casación, seguro que nos van a sobrar oportunidades para mejorar la tramitación del juicio verbal para la efectividad de los

derechos reales inscritos; cuestión distinta será que realmente exista una voluntad política para hacerlo.

Bien es verdad que un primer paso ya se ha dado con la mencionada reciente aprobación en el Congreso de los Diputados (pendiente todavía de su paso por el Senado) del llamado "desalojo exprés" al que por ejemplo y haciendo una distinción más que discutible acerca de los legitimados para acogerse al texto de la reciente reforma, no van a poder recurrir las personas jurídicas, de ahí que sea necesario mejorar el texto de la misma en su próximo paso por la Cámara Alta, en donde también podría introducirse la simple propuesta de reforma del art. 449 de nuestra LEC a la que me he referido en este trabajo.

(1) BOE 30 de enero de 2017.

(2) Diario de sesiones del Congreso de los Diputados núm. 267 de 27 de junio de 2017.

(3) Nueva redacción dada por el núm.1 de la Disp.Final 9.ª de la Ley 1/2000, 7 de enero, de Enjuiciamiento Civi (LA LEY 58/2000)I (B.O.E. 8 de enero).

(4) La proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto destacaba que «ninguno de los cauces legales actualmente previstos para procurar el desalojo de las tomas de posesión por la fuerza (okupaciones) de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio» y sugería, mediante la adición de sendos apartado 2bis respectivamente a los art. 250 y.441 de la LEC una especie de medida cautelar anticipativa, así señalaba:

«Artículo 250. Ámbito del juicio verbal.

1.Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

././.

2.º bis. Las que pretendan el lanzamiento o desalojo y la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, por parte de su dueño o usufructuario, siempre que se trate de personas físicas, o bien de entidades sociales y de administraciones públicas tenedoras de un parque de vivienda de alquiler social, con derecho a poseerla, por haber sido desposeídos de ella sin su consentimiento»

«Artículo 441. Casos especiales en la tramitación del juicio verbal.

2bis. En los casos del artículo 2.º bis del artículo 250.1, el Tribunal acordará de forma simultánea con el traslado de la demanda para su contestación mediante Auto, la entrega en la posesión inmediata del demandante que así lo solicitare y aportare título que acredite el derecho a poseer la vivienda o parte de ella, sin exigir caución ni concurrencia de peligro por la mora procesal....»

(5) LA LEY 178852/2003 (LA LEY 178852/2003). En concreto en su fundamento de derecho 5.º, en donde señala: «En esta situación la Sala ha venido exigiendo el cumplimiento de los requisitos que el legislador impone en este tipo de procesos. Ciertamente es que, en una aplicación amplia, benevolente y generosa, guiada por una interpretación *pro actione* de la Ley....ha sido permitir que si la parte actora considera que no es preciso adoptar medidas cautelares, puede hacerse, pero para ello debe expresamente decirse en el escrito de demanda, como sucede en el caso de la caución, donde sí se ha previsto tal eventualidad».

(6) Por todas AATS de 25 de mayo de 2010, Rec.651/2009 (LA LEY 104270/2010)).

(7) Ponente la Sra. María Sanahuja Buenaventura.

(8) Fundamento jurídico tercero: «No puede estimarse la queja planteada porque la falta de pago de la caución fijada por el juzgado, en este tipo de procedimientos, impide oponerse y afecta a la admisibilidad del recurso de apelación».

(9) Sentencia TC 45/2002- (LA LEY 4514/2002)Ver Fundamento Jurídico 3.º«La caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado para que le sea admitida la oposición a la demanda mediante la formulación de la demanda de contradicción».

(10) Ponente Sr. Juan Lucas Uceda. En el fundamento jurídico 4.º de la misma se indica que «no debería haberse admitido el recurso de apelación en cuanto el último párrafo del artículo 441.4 de la LEC (LA LEY 58/2000) indica que contra la sentencia que se dicte en los casos de ausencia de oposición a los que se refieren los dos párrafos anteriores, entre los que se encuentra este procedimiento de tutela del titular registral inscrito, no se dará recurso alguno, lo que por sí solo podría conducir a la desestimación del recurso».

De una pausada lectura del 441.4 mucho me temo que la última frase —«Contra la sentencia que se dicte en los casos de ausencia de oposición a que se refieren los dos párrafos anteriores no se dará recurso alguno»— del precepto va referida a los verbales previstos en el art. 250.1.10.º (acciones relativas al incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles).

(11) Ponente Sr. Juan B. Cremades Morant.
