

DR 21 40

Derecho a un procesal 1, título interdictos de retener y recobrar y el procedimiento del artículo 41 de la ley hipotecaria, autor Álvaro García, día de grabación 26 de febrero, día de emisión 5 de marzo. Vamos a verificar hoy el estudio de los interdictos de retener y recobrar la posesión, que, como habíamos puesto de relieve en un guión anterior, son propiamente los juicios de protección posesoria y que además se plantean con mayor frecuencia en la práctica forense. Se trata realmente de dos juicios de la misma naturaleza, puesto que tienden a proteger la posesión bien cuando hay peligro de ser perturbado o bien una vez que haya sido despojado de ella y de aquí el nombre interdictos de retener y recobrar la posesión.

Plantea una determinada dificultad desde el punto de vista jurídico y práctico los dos puntos referentes a la legitimación y al objeto de este tipo de procesos, que trataremos solamente de forma somera, por cuanto que es imposible desarrollarlos de modo detenido en el poco espacio de tiempo de que disponemos. Por lo que respecta al estudio de la legitimación activa, en principio se haya legitimado para el ejercicio de las acciones de protección posesoria no solamente el poseedor, sino el tenedor. Esta frase de tenedor ha dado lugar a una serie de dudas en el ámbito doctrinal respecto a las personas a quienes alcanza y a quienes se puede considerar que se encuentran en la posesión y en la tenencia de la cosa.

Este problema está enlazado con el de la teoría general de la posesión. En principio se afirma que todo poseedor o tenedor, y por consiguiente arrendatario, comodatario, depositario, etcétera, viene protegido por la posesión. Sin embargo, cuando la posesión se hubiese adquirido violentamente, cometiendo actos de sanción penal, no puede hablarse de protección posesoria, pues cuando, aun por algunos autores, se mantenga que la posesión interdictal protege incluso al ladrón, esto podría ser discutible frente a un tercero, pero en modo alguno frente al propietario, como nos pone de relieve Viada.

En cuanto a la legitimación pasiva, están legitimados pasivamente en el juicio interdictal aquel que haya ejecutado el acto atentatorio a la posesión, o aquel que la haya mandado ejecutar, aunque el beneficio no sea para él. Ofrece dificultades el problema de la legitimación pasiva en el caso de sucesión a título singular. Aunque a primera vista la acción posesoria parece adquirir carácter personal, ello no puede oponerse a la legitimación pasiva del sucesor singular del despojante.

En cuanto al objeto de la acción posesoria, el problema es el de si se protegen exclusivamente las cosas, o la protección se extiende a todo tipo de derechos. En este punto, la doctrina ha mantenido una serie de criterios radicales y opuestos, fundamentalmente entre civilistas y procesalistas. Hoy día, el criterio imperante en la práctica es el de considerar que la protección interdictal se extiende, al menos en los supuestos de los interdictos de retener y recobrar, a todo tipo de derechos, y, por lo tanto, adquiere una vigencia práctica cada día más acusada la figura del denominado interdicto de derechos, del cual existen ya una serie de precedentes de carácter jurisprudencial, sin perjuicio de que todavía no tengan un referendo a una

manifestación desde el punto de vista del derecho positivo.

Vamos a referirnos al estudio del procedimiento de este tipo de interdictos, manifestando un principio que se inicia por medio de demanda, que eso es solamente un escrito de preparación, puesto que el destino de esta demanda es ofrecer una información previa para la determinación de la legitimación activa y de la pasiva. En esta información previa es necesario acreditar, primer término, hallarse el reclamante o su causante en la posesión o tenencia de la cosa, y, en segundo lugar, que ha sido inquietado o perturbado en ella, o tiene fundados motivos para creer que lo será, o que ha sido despojado de dicha posesión o tenencia. El primer supuesto es el del interdicto de retener la posesión y el segundo el interdicto de recobrar.

La información se efectúa mediante testigos. Si de la información previa resulta comprobado el hecho de la posesión, de un lado, y la perturbación y despojo de otro, se entra en el juicio posesorio. Este juicio asume el carácter de juicio verbal.

El procedimiento es idéntico al que se sigue para el interdicto de adquirir, esto es, alegación, proposición y práctica de las pruebas. En materia de pruebas existe una virtualidad especial desde el punto de vista de la limitación de las mismas, concretamente en cuanto a la de peritos y a la inspección ocular, y era práctica antigua en los tribunales denegar estos medios de prueba y practicarlos luego por medio de providencia para mejor proveer. Sin embargo, la corriente moderna dentro de los tribunales es la de interpretar que la remisión que hace el artículo 1656 al 1644 se refiere exclusivamente a la forma de celebración del juicio, pero no a la limitación de pruebas, a pesar de estar contenida la limitación en el mismo artículo 1644.

En cuanto al contenido de la sentencia, es necesario distinguir según se trate de una sentencia estimatoria o denegatoria. El contenido de la sentencia estimatoria es diferente según se trate de juicio posesorio por perturbación o de juicio posesorio por despojo. La sentencia, cuando se sigue al juicio por haber sido inquietado o perturbado el demandante en la posesión o tenencia, consiste en la orden de que se mantenga en la posesión al demandante y una admonición para que en lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos el perturbante.

La sentencia estimatoria por despojo contiene la orden de que inmediatamente se ponga al demandante en la posesión de la cosa o derecho. La particularidad de la sentencia es que, aunque es apelable en ambos efectos y, por tanto, debería suspender su ejecución, se procede, sin embargo, a la reposición de las cosas en el estado que tenían, sin perjuicio de suspender todos los demás pronunciamientos hasta que se resuelva la apelación interpuesta. En cuanto a los daños y perjuicios y a la devolución de frutos, estos quedan suspendidos, como hemos dicho, hasta la resolución de la apelación.

La determinación del importe de unos y otros se hace en otro juicio verbal, en el cual, con presencia de lo que las partes aleguen y de las pruebas que se practiquen, fijará el juez lo que deba abonarse por estos conceptos. Contra esta declaración no se dará recurso alguno, quedando a salvo a las partes su derecho para hacer, en juicio ordinario, las reclamaciones que

les convengan. Conocido el importe de las costas, de los frutos o de los daños y perjuicios, se procederá a hacerlo efectivo de la manera prevenida en el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo, según disponen los artículos 1649 y 1650 de nuestra Ley de Enjuiciamiento.

En materia de costas, rige el principio del vencimiento, efectuándose la tasación de ellas en la forma ordinaria. Y con esto vamos a pasar a continuación al estudio del procedimiento especial regulado en el artículo 41 de la normativa hipotecaria. Efectivamente, dispone el artículo 41 que las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse por este procedimiento contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio.

Conforme a este precepto están legitimados activamente los titulares de derechos inscritos, siempre que por certificación del registro acrediten la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente, y pasivamente los que se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. El juez competente será el de primera instancia del partido en que radique la finca, y se radica en más de uno el de aquel en que radique la parte principal o la de mayor cabida. La iniciación de este procedimiento se hace por un escrito en el que el titular alegará su título inscrito, los hechos que se pongan a su derecho o perturben su ejercicio, las circunstancias personales del opositor o perturbador, la cuantía de la caución que se estime adecuada, las medidas que solicite para asegurar la sentencia que recayere y la súplica con las peticiones correspondientes.

A este escrito acompañará el título adquisitivo y la certificación del registro antes indicada. Por lo que hace a la tramitación, el juzgado adoptará las medidas precautorias o de seguridad que estime pertinentes, y mandará emplazar a la persona o personas causantes del despojo o perturbación para que en el término de seis días puedan personarse en autos. El emplazamiento se hará en la forma ordinaria, pero si se hiciere por seis dictos y el emplazado no compareciera, se le volvería a emplazar por doce días y, apercibiéndole de que de no comparecer, se dictará auto, acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito, incluso el lanzamiento de la finca, si esto procediere.

Si tales personas comparecieran, prestarán caución adecuada para responder de la devolución de frutos, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas, y, verificado esto, se les concederá un plazo de diez días para formular demanda de contradicción. En cuanto a la demanda de contradicción, se acomodará a la tramitación de los incidentes en la ley de enjuiciamiento civil, pero, consecuente el legislador, con la protección dispensada al titular escrito, establece que sólo podrá fundarse en algunos de los siguientes supuestos. Primero, falsedad o inexactitud de la certificación del registro.

Segundo, el hecho de poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato con el titular actual o con los anteriores, o en virtud de prescripción que deba perjudicar al titular escrito. Tercero, que la finca o el derecho se hayan inscritos a favor del contradictor. Y, cuarto, no ser la finca inscrita la que efectivamente posea el contradictor.

Y, a continuación de esta limitación de las causas en que puede fundarse el procedimiento especial, establece la ley que cualquier otra alegación se reservará para el juicio declarativo que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer este procedimiento especial. En cuanto a los efectos de la sentencia dictada en este procedimiento, establece la ley que no producirá excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión. Especialidades de este procedimiento son también que, si el titular según el registro no contesta la demanda de contradicción, se le tendrá por desistido del procedimiento y por renunciante a la acción real ejercitada, sin perjuicio de poderla deducir en el juicio declarativo correspondiente.

Que los autores de este procedimiento, sin duda, por su índole especial, no son acumulables entre sí, ni a otro juicio, y que todos los recursos que se interpongan antes de formular la demanda de contradicción únicamente serán admisibles en un efecto. Finalmente, siguiendo a de la plaza, se puede manifestar que este proceso especial debe evitar, cuando esté en juego el dominio inscrito, el procedimiento recuperatorio del desahucio por precario, bastante más complejo y cuyo resultado práctico entiende que es el mismo.