



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LAS ACCIONES REALES PROTECTORAS DEL
DOMINIO Y DE LA POSESIÓN**

Loreto Gallardo Framil

4º E-1

Derecho Civil

Tutor: Alfredo Garzón Pérez

Madrid

Mayo 2019

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. LA ACCIÓN.....	6
3. LAS ACCIONES REALES PROTECTORAS DEL DOMINIO.....	9
3.1. Concepto.....	9
3.2. Acción reivindicatoria.....	10
3.2.1. Definición, función y finalidad.....	10
3.2.2. Requisitos.....	10
3.2.3. Diferencias con el resto de acciones.....	14
3.2.4. Prescripción.....	15
3.2.5. Supuestos de irreivindicabilidad y reivindicabilidad bajo ciertas condiciones.....	15
3.3. Acción declarativa.....	17
3.3.1. Definición, función y finalidad.....	17
3.3.2. Requisitos.....	18
3.4. Acción de deslinde y amojonamiento.....	19
3.4.1. Deslinde.....	20
i. Definición.....	20
ii. Legitimación activa.....	20
iii. Legitimación pasiva.....	22
iv. Requisitos: confusión y colindancia.....	23
v. Tipos de deslinde.....	24
3.4.2. Amojonamiento.....	28
4. LAS ACCIONES REALES PROTECTORAS DE LA POSESIÓN...	28
4.1. Interdictos.....	28
4.1.1. Concepto.....	28
4.1.2. Interdicto de adquirir.....	30
4.1.3. Interdicto de retener y recobrar.....	33
4.1.4. Interdicto de obra nueva.....	42
4.1.5. Interdicto de obra ruinoso.....	44
4.2. Acción de desahucio por precario.....	45
5. CONCLUSIONES.....	49
6. BIBLIOGRAFÍA.....	50

RESUMEN

Las acciones reales son aquellas que surgen con la finalidad de proteger tanto al titular de algún derecho real, ya sea este pleno o limitado, como al poseedor de un bien. En particular, las acciones reales protectoras del dominio y de la posesión son la vía judicial para proteger al propietario o poseedor, según el caso, cuando sean despojados o perturbados en el ejercicio de su derecho.

El presente trabajo trata las distintas acciones reales que protegen el dominio y la posesión, así como los distintos aspectos que las caracterizan y definen y los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para el ejercicio de cada una de ellas.

PALABRAS CLAVE

Derecho de propiedad/ dominio/ posesión/ acción/ reivindicar/ legitimación activa y pasiva/ prescripción

ABSTRACT

Actions *in rem* are those that appear with the purpose of protecting the owner, the holder of a real property right or the tenant of a good. In particular, the actions *in rem*, which safeguard ownership and tenancy, grant the proprietor or possessor, in each case, a judicial procedure to protect their rights when they have been bereft or disturbed.

This essay deals with the different actions *in rem* which protect ownership and tenancy, as well as the different aspects that distinguish and define them and the requirements for their exercise, which are either legally established or defined by case law.

KEYWORDS

Property rights/ domain/ possession/ action/ claim of ownership/ *locus* standing/ cessation

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

cfr.: confer

disp. derog.: disposición derogatoria

ibid.: ibídem (véase nota anterior)

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LPAP: Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas

LH: Ley Hipotecaria

op. cit.: opus citatum (obra citada)

RAE: Real Academia Española

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TS: Tribunal Supremo

vid.: véase además

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de dominio está siendo objeto de una profunda revisión. La aparición de los llamados derechos fundamentales de tercera generación —como el derecho al medio ambiente, a la legalidad urbanística—, y una nueva concepción del derecho a la vivienda digna, no como simple principio programático que dirige la política legislativa y la acción del gobierno tal como en la actualidad sucede—*cf.* artículos 47 y 53.3 de la CE—¹, ha hecho que las tradicionales limitaciones al contenido del dominio derivadas de la función social de la propiedad se hayan convertido en restricciones que prácticamente pretenden anular la noción misma del dominio.

No pretendemos ahora realizar un análisis en profundidad de los cambios sustanciales que atraviesa el nuevo concepto del dominio y las consecuencias que tiene en la concepción de la propiedad privada como base del sistema económico de mercado —una tarea que debe ser realizada por los estudios económicos y, en especial, por la moderna teoría del análisis económico del derecho—. Pero si parece oportuno revisar la estructura formal del derecho de propiedad, como base del sistema general de asignación de recursos escasos a través del mercado, recordando las bases que, en el ordenamiento jurídico dotan de estabilidad y seguridad al dominio y protección al propietario.

2. LA ACCIÓN

El estudio de las acciones reales en especial exige un previo análisis del concepto general de acción. Este concepto tiene muy diversas acepciones y es necesario diferenciarlo de otros conceptos con los que se halla muy vinculado, tales como el derecho de acceso a los tribunales y el derecho al proceso. Entre las distintas definiciones que recoge el Diccionario de la RAE (2001), a nosotros nos interesan las dos siguientes, con el fin de conocer el significado jurídico-teórico de este concepto desde un punto de vista civil y procesal.

En primer lugar, define el Diccionario la acción, en un sentido procesal, como el *«derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés»*². Esta definición enlaza con el derecho fundamental reconocido por el artículo 24.1 de la CE a obtener la tutela judicial efectiva. De manera que, inspirándonos en Juan

¹ Artículos 47 y 53.3 de la CE

² RAE (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.)

Antonio Robles Garzón —el cual concibe el derecho de acceso a los tribunales como el derecho abstracto que tiene toda persona, siempre y cuando cumpla los requisitos exigibles de capacidad, a solicitar de los órganos jurisdiccionales la tutela de sus intereses y derechos —³, podemos afirmar que esta definición dada por la RAE se corresponde, más que con el derecho a la acción, con el derecho de acceso a los tribunales. Así, como analizaremos a continuación, el derecho de acceso a los tribunales y la acción son dos realidades distintas, a pesar de lo cual se encuentran estrechamente conectadas.

En segundo lugar, la RAE, de manera algo más más acertada, concibe el término acción como «*la facultad derivada de un derecho subjetivo para hacer valer en juicio el contenido de aquel*»⁴. Es decir, es el derecho abstracto a reclamar un derecho subjetivo concreto. Ahora bien, la acción no se agota en el simple derecho a solicitar una petición de los órganos jurisdiccionales, sino que, como bien afirma Ignacio José Cubillo López, la acción es «*el derecho a obtener una tutela jurisdiccional concreta: no a obtener cualquier decisión judicial de fondo que decida la controversia, sino un contenido específico, que coincida con lo pretendido*»⁵. Refleja así este autor la «teoría concreta» de la que es partidaria la mayoría de la doctrina.

En definitiva, podemos decir que la acción es el derecho a obtener una sentencia concreta⁶ y que surge de la existencia anterior de un derecho subjetivo, que se diferencia del derecho de acceso a los tribunales, que es el derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales para pedir la tutela de un derecho o interés⁷ y del derecho al proceso, que es el derecho a obtener una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto siempre que se cumplan los presupuestos procesales⁸.

Asimismo, los derechos subjetivos concretos que protegen las acciones reales y que son previos a estas —objeto de estudio de los siguientes apartados—, son los derechos reales. Éstos pueden definirse como el derecho que recae sobre un bien determinado y a cuyo titular otorga un poder total o parcial sobre la cosa⁹.

Los derechos reales constituyen una de las grandes categorías en que tradicionalmente aparecen divididos los derechos subjetivos de contenido patrimonial. Se considera por

³ Robles Garzón, J.A., *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 2017, p.106

⁴ RAE, *ibid.*

⁵ Cubillo López, I.J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*, Wolter Kluwer, Madrid, 2016, p. 152

⁶ Cubillo López, I.J., *ibid.*

⁷ Cubillo López, I.J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p.148

⁸ Cubillo López, I.J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p.149

⁹ Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Edisofer S.L., Madrid, 2016, p. 11

ello que los derechos reales, por contraposición con los derechos de obligación, son aquellos que atribuyen a su titular un poder inmediato y directo sobre los bienes que constituyen su objeto ¹⁰. La inmediatividad, o contacto directo del hombre con la cosa, y la absolutividad, o eficacia *erga omnes* del derecho real mismo constituyen por ello las notas esenciales del derecho real, en el cual el interés del titular del derecho subjetivo se realiza mediante el ejercicio de las facultades del derecho sobre la propia cosa, de modo inmediato y directo, y sin necesidad de intermediación de la conducta de un tercero; a diferencia del derecho de crédito, el cual atribuye a su titular la facultad de reclamar de un tercero —el deudor— la realización de una conducta determinada —la prestación—, la cual constituye el objeto de un vínculo jurídico especial que liga a ambas partes —la obligación— ¹¹.

La radical diferencia estructural entre ambos tipos de derechos determina el carácter, desenvolvimiento y finalidad de las acciones que nacen de uno y otro. Acciones personales y reales aparecen, por ello, sujetas a requisitos procedimentales distintos y a un régimen procesal diferente, en punto al desenvolvimiento del procedimiento y el resultado del pleito. De hecho, la distinción entre ambos tipos de acciones, la única que conoció el Derecho Romano, tuvo un origen estrictamente procesal: eran consideradas acciones *in rem* las dirigidas a la realización de una *intentio* directa sobre la propia cosa —porque era propia del actor, como en el caso de la *reivindicatio*, o porque ostentaba sobre la misma un *ius in re aliena*, como en el caso de las acciones confesoria y negatoria—, sin alegar la existencia de *obligatio* alguna a cargo de tercero. La fórmula procesal *in rem*, por ello, se caracterizaba por la nota común de la ausencia de *oportere*, una prestación o un obligado en relación con el cual se ejercitaba la acción (a diferencia de la *actio in personam*, en cuya fórmula civil la *intentio* aparecía necesariamente referida a un *oportere* concreto y determinado) ¹².

Ese origen marcadamente procedimental de la distinción, y con él, su función puramente instrumental, perduran sin duda en el Derecho moderno; haciendo del concepto de las acciones reales el campo abonado donde la categoría del derecho real, como derecho absoluto e inmediato sobre la cosa, despliega toda la utilidad para la que fue concebido en el Derecho y la doctrina.

¹⁰ Albaladejo, M., *ibid.*

¹¹ Díez Picazo L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I*, Navarra, 2007, p.77

¹² Pugliese G., *Actio e diritto subiettivo*, Milán, Giuffrè, 1939, p. 199 ss.

3. LAS ACCIONES REALES PROTECTORAS DEL DOMINIO

3.1. Concepto

Como ya hemos visto, la acción es la vía procesal para hacer valer un derecho frente a los jueces y tribunales. La propiedad, al ser considerada un derecho subjetivo, ofrece una serie de acciones tendentes a su protección¹³.

Nuestro Código Civil define en su artículo 348 del CC la propiedad como «*el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*» Estableciendo, además, la posibilidad de que el propietario ejercite una acción contra «*el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*»¹⁴. La dicción de nuestro CC está claramente inspirada en el Código napoleónico y en los ideales del liberalismo que concebían la propiedad como el derecho más absoluto de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las recogidas en la ley, de la cual nadie podía ser privado¹⁵. De manera que podemos ver reflejado, tanto en el propio CC, como en sus líneas inspiradoras, su preocupación por poner de manifiesto, de un lado, la amplitud del derecho de propiedad sin limitación alguna, con excepción de las establecidas legalmente, y de otro lado, la de dejar constancia de la existencia de unas vías para reclamar la protección de dicho derecho. Así, del artículo 348 del CC se deducen tres facultades distintas que se ofrecen al propietario de la cosa: la de gozar, la de disponer y la de reivindicar¹⁶.

Las acciones reales dominicales son aquellas que se refieren a esta última facultad y que tienen como finalidad la protección del dominio en caso de que existan perturbaciones que impidan su ejercicio¹⁷. Si bien la dicción literal del artículo 348 2º del CC, facultando al propietario de la cosa para reivindicarla del tenedor y el poseedor, parece referirse exclusivamente a la acción reivindicatoria, es reiterada la jurisprudencia que integra en dicho artículo el resto de acciones reales dominicales, es decir, la declarativa, la negatoria, la de deslinde, etc.¹⁸

¹³ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho civil, Volumen III, Tomo I*, Tecnos, Madrid, 2016, p.177

¹⁴ Artículo 348 del CC

¹⁵ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho civil, Volumen III, Tomo I, op. cit.*, p.141

¹⁶ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho civil, Volumen III, Tomo I, op. cit.*, p.178

¹⁷ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho civil, Volumen III, Tomo I, op. cit.* p.177

¹⁸ Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales, Volumen primero, Posesión y propiedad*, Dyckinson, Madrid, 2000, p. 285

3.2. Acción reivindicatoria

3.2.1. Definición, función y finalidad

La acción reivindicatoria es aquella que tiene como objeto obtener la restitución de la cosa, por el propietario de la misma, frente a aquella persona que la posee indebidamente y sin derecho frente al demandante¹⁹. Según reiterada jurisprudencia, puede también ser definida como la acción que puede ejercitar el propietario que no es poseedor frente al poseedor que no es propietario.²⁰ Así lo afirma el TS en su sentencia del 25 de junio de 1998²¹.

La función de la acción reivindicatoria es proteger al dueño de la cosa que ha sido privado de la manera más grave de su derecho de propiedad, es decir, se ejercita la acción cuando la perturbación ha sido total y ha impedido el ejercicio del *ius possidendi*²². Distinta sería aquella situación en la que el dueño de la cosa viera parcialmente afectado su derecho de propiedad por el ejercicio de hecho de un derecho real limitado, pero sin que este ejercicio fuera legítimo²³ —por ejemplo, en el hipotético caso de que el dueño del predio contiguo comenzara a pasar por una propiedad ajena, como si de una servidumbre de paso se tratase, pero sin que esta se haya constituido voluntaria ni legalmente —.

La acción reivindicatoria tiene una doble finalidad: en primer lugar, que el derecho de propiedad de la persona que la ejercita sea declarado; en segundo lugar, que se restituya al propietario en la situación en que se encontraba en el momento inmediatamente anterior a la perturbación.

3.2.2. Requisitos

Existen tres requisitos de creación jurisprudencial que ha de concurrir para que la acción prospere. Así lo manifiesta el TS, al afirmar que para que prospere esta acción deben darse los tres requisitos siguientes: «tutela o acreditamiento cumplido del

¹⁹ Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes, op.cit.*, p. 213 - 214

²⁰ Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales, Volumen primero, Posesión y propiedad*, Dyckinson, Madrid, 2000, p. 285

²¹ STS (Sala de lo Civil) 25 de junio núm. 616/1998, núm. de recurso 238/1994

²² Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales, Volumen primero, Posesión y propiedad, op. cit.*, p. 286

²³ Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes, op. cit.*, p. 214

dominio de las fincas, su identificación y la detentación o posesión por la demandada» —*cfr.* STS (Sala Primera) núm. 111/2000 de 15 de febrero ²⁴—. La falta de cualquiera de estos tres elementos será suficiente para la desestimación de la demanda.

i. Título del dominio del reivindicante, legitimación activa y prueba del dominio

El primero de los requisitos exige que el reivindicante sea el dueño de la cosa. No estará legitimado, por lo tanto, aquel que ostente un derecho real limitado sobre el bien en cuestión, pues se trata de una acción estrictamente dominical, dirigida por tanto a proteger el derecho de propiedad. Sin embargo, esta exigencia se muestra insuficiente por sí misma, de manera que no basta con que el demandante sea propietario de la cosa, sino que es además preciso que este haya perdido la posesión del bien. Por lo tanto, podemos afirmar que el único propietario que queda excluido de la posibilidad de ejercitar esta acción es el propietario poseedor, como bien afirma ALBALADEJO²⁵.

Además, no se exige que el reivindicante sea propietario pleno y único, sino que también cabe el ejercicio de la acción por parte del nudo propietario o el condómino de la cosa en beneficio de todos²⁶, así como al heredero de la herencia yacente ²⁷.

La carga de la prueba sobre su titularidad dominical recae sobre el dueño-reivindicante que es quien alega ser el propietario del bien, evitando así la imposibilidad que supondría para el demandado tener que probar el hecho negativo de la ausencia de título del actor —una auténtica *probatio diabolica*—.

El título del actor puede ser cualquiera que legalmente atribuya el dominio sobre la cosa. En este sentido, dice el artículo 609 del CC:

«La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción» ²⁸.

²⁴ STS (Sala de lo Civil), 15 de febrero núm. 111/2000, número de recurso 1458/1995

²⁵ Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes, op. cit.*, p. 215

²⁶ Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales, Volumen primero, Posesión y propiedad, op. cit.*, p. 287

²⁷ González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, Bosch, Barcelona, 2002, p.15

²⁸ Artículo 609 del CC

Así, el título de dominio que servirá al reivindicante para probar su derecho de propiedad podrá estar integrado por cualquiera de los denominados «modos de adquirir el dominio»: los hechos o actos jurídicos, mencionados en el artículo, que permiten legalmente la adquisición del derecho de propiedad. El primero de ellos es la ocupación, que es un modo originario de adquirir el dominio sobre la cosa mediante el cual una persona aprehende una cosa determinada que carece de dueño, es decir, una *res nullius*, con objeto de hacerla suya.

A continuación, el Código habla de los modos derivativos de adquirir la propiedad. Es importante hacer en este apartado mención de la teoría del título y el modo, el sistema de transmisión del dominio que rige el «cambio real», la transmisión de la propiedad como consecuencia de la celebración de cualesquiera contratos traslativos del dominio. Pues en ellos la transmisión dominical, a diferencia del Derecho francés, no se produce de manera inmediata y directa, como consecuencia de la simple celebración del contrato. A pesar de que el sistema contractual español esté, como el francés, inspirado en el espiritualismo —de manera que, en virtud del artículo 1258, no se requiere forma alguna para la perfección del contrato—, sí es necesaria para la transmisión de la propiedad la concurrencia, junto al título obligatorio, de un acto expreso de entrega o dación de la cosa transmitida: la *traditio*, tradición o entrega del bien. Es necesaria, junto a la existencia de título hábil que legitima al propietario para adquirir el dominio, la efectiva entrega o tradición del bien para que se produzca la transmisión del dominio; de manera que, por ejemplo, en el caso de la compraventa el simple contrato es solo generador de obligaciones y por lo tanto, tendrá que ir seguido de la entrega para que el vendedor pueda cumplir la obligación asumida de transmitir el derecho de propiedad sobre el bien vendido en favor del comprador ²⁹.

Finalmente, el artículo habla de la adquisición por medio de la usucapión que es otro modo originario de adquirir la propiedad.

Es necesario que el demandante sea además el propietario actual de la cosa. Sin embargo, en ocasiones está eximido de probar que es propietario al momento de presentar la demanda y basta con que pruebe que adquirió la propiedad legítimamente mediante alguno de los modos de adquisición mencionados en el precepto, dado que existe una presunción *iuris tantum* a favor del demandante en virtud de la cual, mientras no se pruebe

²⁹ González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, op. cit., p.16

que perdió la propiedad, la persona que adquirió con arreglo a los modos que establece el Código sigue siendo propietario³⁰.

También deberá probar que la cosa está siendo poseída por otra persona distinta de él.

ii. Identidad de la cosa

Este segundo requisito exige que la cosa, objeto de la acción reivindicatoria, esté perfectamente identificada, es decir, que la reivindicación recaiga sobre una cosa concreta y determinada y que dicha identificación «*no suscite duda alguna*», como bien afirma la STS de 31 de octubre de 1983³¹. El fundamento de este requisito se encuentra en la idea de que la propiedad solo puede existir sobre cosa concreta y determinada, de ahí que coincidan los requisitos exigidos para ser propietarios con los requisitos exigidos para poder reivindicar la cosa de la que se es dueño³².

Para la perfecta identificación y determinación de la finca será necesario, con frecuencia, aportar informe pericial en el que se determine la descripción de la finca física y gráficamente y que también deberá incluir una delimitación detallada de la parte de la finca que se posee por el demandado sin justo título, de ahí que sea el requisito más complejo de cumplimentar³³.

iii. Posesión sin derecho del demandado y legitimación pasiva

El primero de los requisitos exigía que el demandante fuera el propietario no poseedor, mientras que este exige que el demandado sea poseedor no propietario o, más bien, poseedor sin justo título. De manera que solo prosperará la demanda contra aquel que posea sin derecho que le legitime a poseer.

En cuanto a la carga de la prueba, ya hemos visto que es el propietario quien debe demostrar que la cosa está siendo poseída por persona distinta a él mismo. Mientras que será al poseedor no propietario a quien corresponderá demostrar la existencia de justo título que legitime dicha posesión³⁴. Por ejemplo, si un piso del que es propietario A está

³⁰ Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes, op. cit.*, p. 216

³¹ STS (Sala de lo Civil), 31 de octubre de 1983 [RJ 1983\5852]

³² Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes, op. cit.*, p. 217

³³ Herrera de las Heras R. «El requisito de la identificación de la finca en el ejercicio de la acción reivindicatoria», *Revista de Derecho Uned*, núm. 20, 2017, pp. 161-167

³⁴ Albaladejo, M., *ibid.*

siendo ocupado por B, pero este último tiene un derecho de usufructo que justifica dicha posesión, si A ejerce una acción reivindicatoria contra B, A deberá probar que es dueño y que no es poseedor, mientras que B demostrará que es poseedor porque tiene título que le legítima para poseer, lo cual desmontará la acción ejercitada.

3.2.3. Diferencias con el resto de acciones

i. Diferencia con la acción declarativa

Tanto la acción declarativa como la reivindicatoria son protectoras del derecho de propiedad. Sin embargo, existen algunas diferencias en cuanto a las finalidades que persigue cada una de estas acciones.³⁵

Ambas acciones tienen como finalidad que se constate o se declare la propiedad de una persona sobre una cosa determinada. Sin embargo, la acción reivindicatoria tiene una finalidad adicional consistente en la recuperación de la posesión de la cosa, a diferencia de la declarativa, cuyo único objetivo es que el derecho de propiedad controvertido sea declarado.

La diferencia estriba en los distintos objetivos que persigue cada una de las dos acciones, finalidades que tienen importantes consecuencias jurídicas que se ven reflejadas en los distintos requisitos exigidos para el ejercicio de ambas. De manera que, mientras que para el ejercicio de la acción reivindicatoria es requisito indispensable que el demandado sea poseedor de la cosa, en la acción declarativa no se exige la posesión del bien del demandado como requisito para atribuir al mismo legitimación pasiva, dado que no se pretende restituir al demandante en la posesión del bien, sino simplemente aclarar una situación de incertidumbre o inseguridad sobre la titularidad del derecho ³⁶.

ii. Diferencia con la acción de deslinde

Si bien ambas acciones tratan de proteger al propietario de la cosa, la acción de deslinde, ante la confusión de linderos, pretende delimitar el perímetro de la finca, mientras que la acción reivindicatoria persigue la recuperación de la cosa, respecto de

³⁵ González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, op. cit., p.12

³⁶ González Poveda, P., *ibid.*

cuyos linderos no existe confusión alguna, sino que se encuentra perfectamente delimitada ³⁷.

3.2.4. Prescripción

Al tratarse de una acción real, esta prescribe a los treinta años, en el caso de los bienes inmuebles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1963 del CC ³⁸, y a los seis años, si se trata de bienes muebles, de conformidad con lo establecido por el artículo 1956 del mismo Código³⁹. A pesar de lo cual no podrá ejercitarse la acción contra aquel que haya adquirido la cosa por usucapión durante plazos más cortos. Este caso se da, cuando se trate de bienes inmuebles, en virtud del artículo 1957 del CC ⁴⁰, si la adquisición se verifica por usucapión ordinaria (con justo título y buena fe), dentro de «*diez años entre presentes y veinte entre ausentes*», esto es, dentro de plazos más reducidos que los señalados por la ley para la prescripción extintiva y cuando se trate de bienes muebles, en virtud del artículo 1955 ⁴¹, si la adquisición se verifica dentro de «*tres años*» sin distinción de presentes o ausentes. También puede ser consecuencia del distinto régimen establecido legalmente para la interrupción del plazo de prescripción, más sencillo para la prescripción extintiva y más rígido y largo en el caso de la usucapión.

3.2.5. Supuestos de irreivindicabilidad y reivindicabilidad bajo ciertas condiciones

Por razones de seguridad del tráfico y de protección de la confianza legítima en la apariencia jurídica, en determinadas ocasiones no prosperará la acción reivindicatoria frente al tercero adquirente que actúa de buena fe, a pesar de que el reivindicante cumpla los requisitos necesarios para su ejercicio ⁴².

En este sentido debemos distinguir los supuestos de irreivindicabilidad de los bienes inmuebles de la de los bienes muebles.

³⁷ González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, op. cit., p.13

³⁸ Artículo 1963 del CC

³⁹ Artículo 1956 del CC

⁴⁰ Artículo 1957 del CC

⁴¹ Artículo 1955 del CC

⁴² Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, op. cit., p. 219 - 220

En este sentido, respecto de los bienes inmuebles, el artículo 34 de la LH consagra el llamado principio hipotecario de fe pública, estableciendo que *«el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro»*⁴³. De este modo, el precepto impone la regla de la irreivindicabilidad frente al adquirente que reúne cumulativamente varias condiciones: a) tenga la condición de «tercero» respecto de la causa que motiva el ejercicio de la acción —y que determine legalmente el defecto en su título o modo de adquirir—; b) haya adquirido el bien de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir el dominio; c) haya verificado su adquisición a título oneroso y de buena fe; d) haya inscrito su derecho en el Registro; y d) la causa que motiva el ejercicio de la acción no conste en el propio Registro⁴⁴.

Por su parte, respecto de los bienes muebles, el artículo 464 del CC recoge el principio germánico de la *Hand wahre Hand* y su trasunto francés, consagrado por el Code Napoléon, de la *possession vaut titre*, estableciendo que *«la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título»*⁴⁵. La regla, según la interpretación atribuida a la misma por la llamada tesis germanista —predominante en la doctrina⁴⁶ y la jurisprudencia modernas⁴⁷—, determina la irreivindicabilidad de los bienes muebles por el solo hecho de su posesión de buena fe. Se exceptúa sin embargo el supuesto en que el reivindicante hubiera perdido los bienes o hubiese sido privado de ellos de manera ilícita, puesto que, dice el precepto, *«sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea»*⁴⁸. Se trata de supuestos en los que sí procede el ejercicio de la acción reivindicatoria, siempre que se cumplan una serie de condiciones⁴⁹. Así, el segundo párrafo del artículo 464 determina que cuando el reivindicante hubiese perdido el bien mueble o hubiese sido privado ilícitamente de él y este hubiese sido a su vez adquirido en venta pública por un tercero que actuó de buena fe, no podrá reivindicar los bienes sin antes reembolsar el

⁴³ Artículo 34 de la LH

⁴⁴ Albaladejo, M., *ibid.*

⁴⁵ Artículo 464 del CC

⁴⁶ Miquel González J.M., *Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia*, Anuario de Derecho Civil, Vol. 52, Nº 2, 1999, p. 565

⁴⁷ STS (Sala de lo Civil) de 25 de febrero de 1992 [RJ 1992\1549], de 9 de octubre de 1993 [RJ 1993\8172] y 22 de enero de 2002 [RJ 2002\21]

⁴⁸ Artículo 464 del CC

⁴⁹ Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes, op. cit.*, p. 220

precio que pagó por ellos el adquirente de buena fe⁵⁰. Finalmente, el último párrafo del artículo establece la posibilidad de que el dueño recupere las «*cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno*» reintegrando «*antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos*»⁵¹

3.3. Acción declarativa

3.3.1. Definición, función y finalidad

La acción declarativa es aquella que se ejerce para que la propiedad de una persona sea constatada. Se diferencia de la acción reivindicatoria en que esta última persigue, a un tiempo, la declaración del dominio del actor y la restitución al mismo de la posesión, de la que aparece despojado por el demandado, mientras que la acción declarativa persigue única y exclusivamente que la propiedad sea declarada⁵².

La función de la acción declarativa es la protección del dominio. Sin embargo, esta protección se muestra un tanto más débil que en la acción reivindicatoria, pues la sentencia que se dicte como consecuencia del ejercicio de la acción no será ejecutiva, sino meramente declarativa, y no restituirá al propietario en la posesión del bien, sino que únicamente le reconocerá una situación jurídica determinada.

La acción aparece comprendida en el párrafo segundo del artículo 348 del CC⁵³, pues, aunque el mismo parece referirse exclusivamente a la acción reivindicatoria —dado que emplea el término reivindicar—, tanto la doctrina como la jurisprudencia han optado por considerarla incluida en dicho artículo.

Como afirma la STS de 2 de abril de 1979, «*el derecho de propiedad, además de hallarse protegido por la acción propiamente reivindicatoria, que va encaminada a recuperar la cosa detentada por un tercero, también lo está por la meramente declarativa o de constatación de la propiedad, la cual no requiere que el demandado sea poseedor, siendo suficiente con que convierta en forma efectiva los derechos del propietario (...)*»

⁵⁴.

⁵⁰ Artículo 464 del CC

⁵¹ Artículo 464 del CC

⁵² González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, op. cit., p.47

⁵³ Artículo 348 del CC

⁵⁴ STS (Sala de lo Civil), 2 de abril de 1979 [RJ 1979\1237]

Con esta acción se pretende solucionar una situación de inseguridad jurídica en la que existen dudas sobre quién es la persona que ostenta el derecho de propiedad sobre la cosa. De ahí que sea imprescindible que, para que esta acción prospere, exista controversia sobre la titularidad dominical de la cosa objeto de litigio, requisito que explicaremos más en profundidad en el siguiente apartado ⁵⁵.

3.3.2. Requisitos

La jurisprudencia ha declarado que para el ejercicio de la acción declarativa deberán cumplirse tres requisitos, siendo dos de ellos coincidentes con los presupuestos exigidos para el ejercicio de la acción reivindicatoria.

i. Título de dominio y legitimación activa

En primer lugar, al igual que en la acción reivindicatoria, es necesario que el demandado tenga título de dominio sobre la cosa objeto de la demanda que justifique el ejercicio de la acción.

ii. Identificación de la cosa

En segundo lugar, del mismo modo que en la acción reivindicatoria, es necesario que la cosa objeto de la demanda se encuentre perfectamente identificada.

iii. Legitimación pasiva

Finalmente, la doctrina jurisprudencial niega que el demandado tenga que ser poseedor de la cosa, a diferencia de lo que ocurre en la acción reivindicatoria. Sin embargo, sí exige que exista controversia en torno al dominio de la cosa sobre la cual se pretende constatar el derecho de propiedad ⁵⁶. La jurisprudencia ha definido esta controversia como cualquier manera en la que el demandado pueda contravenir de manera efectiva el derecho dominical del demandante, cualquier acto a través del cual se vulnere dicho derecho o cualquier posición adoptada por el demandado frente al derecho de propiedad

⁵⁵ González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, op. cit., p.48

⁵⁶ González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, op. cit., p.47

que lo haga dudoso. Como afirma la STS (Sala de lo Civil) de 8 de noviembre de 1994, «en efecto, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca de modo expreso la posibilidad de las acciones merodeclarativas, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten el ejercicio de estas «acciones» y de hecho no son infrecuentes en la práctica, en especial, en el campo de los derechos reales. Este tipo de pretensiones —añade la Sentencia— no intentan la condena del adversario, sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida; no buscan, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante —concluye el Tribunal— su ámbito es restringido pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica (como acontece en el caso) la parte contraria no se opone al derecho (como también ocurre en el caso, ya que los demandados no niegan la eficacia de la donación, más que en cuanto los perjudicaba como medio de denegación de la prórroga contractual, situación resuelta por sentencias firmes y por tanto segura desde la perspectiva del ordenamiento)»⁵⁷ —cfr., en igual sentido, las STS (Sala de lo Civil) de 5 de febrero de 1999 [RJ 1999\749], 31 de julio de 2001 [RJ 2001\5185], 19 de junio de 2003 [RJ 2003\5650] y 15 de julio de 2005 [RJ 2005\9238] y del TSJ de Navarra de 28 de junio de 1993 [RJ 1993\4826], entre otras muchas⁵⁸—.

3.4. Acción de deslinde y amojonamiento

A pesar de que el Capítulo III del título II del Libro II del CC se denomine «del deslinde y el amojonamiento», este únicamente regula la primera que es totalmente independiente de la segunda, pudiendo ambas ejercitarse de manera conjunta o separada indistintamente⁵⁹.

⁵⁷ STS (Sala de lo Civil) de 8 de noviembre de 1994 [RJ 1994\9317]

⁵⁸ STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), 28 de junio de 1993 [RJ 1993\4826] y Sentencias del TS (Sala de lo Civil) de 5 de febrero de 1999 [RJ 1999\749], 31 de julio de 2001 [RJ 2001\5185], 19 de junio de 2003 [RJ 2003\5650] y 15 de julio de 2005 [RJ 2005\9238] y del TSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), 28 de junio de 1993 [RJ 1993\4826], fundamento jurídico cuarto

⁵⁹ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, Editorial Civitas, SA, 2016 (disponible en <http://aranzadi.aranzadigital.es/maf/app/document?docguid=Iceb2b5802aae11e1bc1201000000000&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>; última consulta 29/05/2019)

Si bien, ambas acciones son protectoras del dominio, la diferencia entre ambas acciones estriba en que mediante la acción de deslinde se pretende delimitar materialmente una finca, mientras que mediante la acción del amojonamiento se trata de establecer los elementos que forman los linderos de la finca ⁶⁰.

3.4.1. *Deslinde*

i. Definición

El artículo 384 del CC otorga al propietario de la finca la acción de deslinde, es decir, la facultad de delimitarla materialmente para distinguirla de manera clara y precisa de sus fincas colindantes. La jurisprudencia determina que esta acción es el derecho del propietario «a obtener el deslinde de su finca mediante la correspondiente acción que habilita para solicitar la delimitación exacta de su propiedad inmobiliaria por medio de la determinación de la línea perimetral de cada uno de los predios limítrofes», —cfr. STS (Sala Primera), de 14 de mayo de 2010 [RJ 2020\3698] — ⁶¹.

Sin embargo, esta facultad no puede ser ejercida de manera absoluta, sino que existen algunos presupuestos o requisitos que limitan su ejercicio. Por ello, el propietario de la finca respecto de la cual los límites se hallen perfectamente conocidos y delimitados —bien como consecuencia del ejercicio de la acción de cerramiento otorgada al dueño de la finca, bien como consecuencia de elementos naturales de signo aparente como ríos o hileras de árboles que concreten los límites de la finca— no podrá ejercitar esta acción, únicamente ejercitable en los supuestos de duda ⁶².

Además, la acción de deslinde es una acción imprescriptible en virtud del artículo 1965 del CC. ⁶³

ii. Legitimación activa

El primer párrafo del artículo 384 faculta al propietario para el ejercicio de la acción de deslinde y en su segundo párrafo el Código amplía la protección a los titulares del resto

⁶⁰ González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, op. cit., p.159

⁶¹ STS (Sala Primera), de 14 de mayo de 2010 [RJ 2010\3698]

⁶² Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

⁶³ Artículo 1965 del CC

de derechos reales, facultándoles a su ejercicio también.⁶⁴ Sin embargo, la ampliación de los sujetos amparados por la acción de deslinde enlaza mal con su finalidad, que como ya hemos dicho, es la protección del derecho de propiedad. La razón por la cual los titulares de derechos reales también pueden ejercitar esta acción es que estos derechos encuentran su origen en un derecho de propiedad anterior sin el cual no existirían, de manera que para que subsistan se les atribuye legitimación con el fin de proteger el derecho de propiedad sobre el que se basan. De manera que cualquier persona que tenga un derecho real sobre una finca tendrá también la facultad de deslindarla en caso de incertidumbre sobre los límites de esta ⁶⁵.

Por otra parte, el actor que pretende deslindar la finca debe demostrar el título que justifica el ejercicio de la acción de deslinde, bien sea un título de dominio, sea poseedor o no, bien sea un título de constitución de cualquier otro derecho real ⁶⁶, sin tener que acreditar la identidad de la finca, dado que es la imprecisión sobre esta lo que fundamenta el ejercicio de la acción ⁶⁷. La falta de necesidad de plena identificación de la prueba no exime al actor, sin embargo, de la necesidad de una prueba mínima sobre la realidad y ubicación de la finca objeto del deslinde. Como afirma la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\239], si bien es cierto que *«cuando se ejercita únicamente la acción de deslinde no cabe exigir al demandante que cumpla con los requisitos propios de la acción reivindicatoria en cuanto a la identificación de la finca»* —pues como afirma *«la sentencia núm. 743/2007, de 25 junio», «sobre las acciones de deslinde y reivindicatoria» «si la primera tiene como presupuesto la indeterminación de linderos y la ignorancia real de los mismos que, mediante el proceso, se tratan de especificar, la segunda requiere una perfecta identificación de la finca y, por tanto, resulta en principio incompatible con la indeterminación del lindero correspondiente al viento por el que se insta la reivindicación»—, «late en el fondo una cuestión distinta de carácter sustantivo —no procesal, o de valoración de prueba— cual es hasta qué punto resulta exigible definir en la demanda la localización física de la finca cuyo deslinde se solicita, o sea si es necesaria la determinación indubitada, al menos, de dos de sus linderos para entender que existe identificación». Afirmando en relación con*

⁶⁴ Artículo 348 del CC

⁶⁵ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil, op. cit.*

⁶⁶ STS (Sala primera), 9 de marzo de 2015 [RJ 2015\979]

⁶⁷ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil, op. cit.*

ello el Tribunal que no puede confundirse «*la atribución de la carga probatoria, cuya finalidad es determinar a cuál de las partes ha de perjudicar la ausencia de prueba sobre un determinado hecho relevante, con la cuestión del alcance de la exigibilidad respecto del demandante de deslinde de la identificación de la finca que afirma de su propiedad, que evidentemente no estará totalmente delimitada en sus contornos físicos pues para ello se necesita el deslinde*»; de manera que, ha de concluirse, «*toda la prueba exigible en tal caso ha de serlo efectivamente de la parte demandante —que solicita el deslinde— pues resulta claro que no podrá derivarse hacia la contraria*»⁶⁸.

En todo caso, las reglas del Código resultan insuficientes y requieren de una serie de precisiones en relación con la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de la acción, partiendo para ello de los preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Así, el artículo 13.1 de la LEC, en virtud del cual «*mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito*»⁶⁹, regla que determina que, cuando el titular de un derecho real ejerza la acción de deslinde, pueda el propietario de la finca intervenir en el pleito como demandante de manera voluntaria⁷⁰.

iii. Legitimación pasiva

El artículo 384 parece obligar a demandar a todos los propietarios de las fincas colindantes a aquella que se pretende deslindar. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia resulta innecesario que intervengan en el proceso aquellos propietarios colindantes a los que el ejercicio de la acción no afectará —*cfr.* STS (Sala Primera), 16 de noviembre de 2005 [RJ 2005 7634]—⁷¹.

Además, del mismo modo que ocurre en la legitimación activa, en virtud del artículo 13 de la LEC, cuando se ejercite acción de deslinde contra el dueño del predio colindante, aquel que tenga un derecho real sobre dicho predio podrá también intervenir en el proceso como demandado, por tener interés legítimo sobre el objeto del proceso⁷².

⁶⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\239].

⁶⁹ Artículo 13.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

⁷⁰ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

⁷¹ STS (Sala primera), 16 de noviembre de 2005 [RJ 2005\7634]

⁷² Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

iv. Requisitos: confusión y colindancia

Existen dos requisitos básicos que deben concurrir para la prosperabilidad del ejercicio de la acción de deslinde. Éstos son la confusión y la colindancia.

En relación con el primero de ellos, como ya hemos dicho, la incertidumbre sobre el perímetro de la superficie de la finca es la que fundamenta el ejercicio de la acción. Este requisito es de creación jurisprudencial, dado que el Código en ningún momento hace referencia a esta exigencia. De manera que, como vimos, a diferencia de la acción reivindicatoria, que exige la identidad de la cosa, en la acción de deslinde estamos ante el supuesto contrario, ya que si los linderos estuvieran perfectamente delimitados no tendría ningún sentido su ejercicio.

A ello se refiere la STS (Sala Primera) de 18 de abril de 1984, al afirmar que *«la confusión de linderos constituye presupuesto indispensable para la práctica del deslinde, y por ello la acción no será viable cuando los inmuebles se encuentran perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio, circunstancias que no serán obstáculo —ciertamente— al ejercicio de la acción reivindicatoria, con los fines restitutorios característicos o a la declarativa, para cuyo éxito habrá de mediar la cumplida demostración de los requisitos que una doctrina legal constante señala; pero en todo caso es manifiesto que el primordial elemento de la confusión en la zona de tangencia de los predios no se producirá, obviamente, cuando se hallan separados por instalaciones de cierre, con independencia de que la superficie abarcada se corresponda o no con la extensión objetiva del correspondiente derecho de dominio, que constituye problema a dilucidar en contienda diversa a la suscitada con la acción de deslinde, estrictamente encaminada a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica»*⁷³.

Además, nuestro Derecho Civil ha dejado de lado la teoría de elaboración italiana de la *possesso promiscuo*, según la cual la zona discutida debía ser poseída por ambos propietarios colindantes de forma no exclusiva ⁷⁴.

Por otra parte, es necesario para que el deslinde prospere que no existan signos externos en los lindes de las fincas que las delimiten aparentemente. Así lo viene

⁷³ STS (Sala Primera), de 18 de abril de 1984 [RJ 1984\1953]

⁷⁴ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

afirmando la jurisprudencia, que considera que no existirá confusión cuando elementos tales como muros, caminos, obras de cerramiento, árboles o verjas separen las fincas, o cuando en la escritura figure un cerramiento total de la finca ⁷⁵.

El segundo de los requisitos exige que la finca respecto de la que se pretende deslindar sea colindante. En este sentido, ha venido declarando una copiosa jurisprudencia que la confusión entre los linderos de una y otra finca quede perfectamente acreditada ⁷⁶.

Así, el TS, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2005 [RJ 2006\196], afirma que el «deslinde procede cuando los límites de los terrenos están confundidos de forma tal que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral cada propiedad ni de su extensión (...) o que encuentra, con diversos matices (...). En consecuencia, no es viable cuando los inmuebles están perfectamente identificados y delimitados (...) ni cuando afecta a fincas que no están en linde incierta y discutida (...)»⁷⁷—cfr., en el mismo sentido, las Sentencias del mismo Tribunal (Sala de lo Civil), de 3 de noviembre de 1989, 3 de abril de 1990, 16 de octubre de 1990, 14 de octubre de 1991, 6 de julio de 1992, 10 de febrero de 1997, 14 de mayo de 2010 y 28 de enero de 2015, entre otras— ⁷⁸.

v. Tipos de deslinde

➤ Deslinde contractual

No hay discusión alguna acerca de la posibilidad de ejercitar la acción de deslinde por medio de la autonomía de la voluntad sin necesidad de acudir a juicio. Los negocios jurídicos mediante los cuales se puede practicar se pueden clasificar en dos en función de su contenido ⁷⁹.

Por un lado, si las partes del contrato no discrepan y están conformes en cuanto a los linderos que se pretenden fijar, entonces nos encontramos ante un negocio jurídico de

⁷⁵ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

⁷⁶ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

⁷⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección primera), 12 de diciembre núm. 947/2005, núm. de recurso 506/1999

⁷⁸ Sentencias del TS de 3 de noviembre de 1989 [RJ 1989\7844], 3 de abril de 1990 [RJ 1990\2691], 16 de octubre de 1990 [RJ 1990\7872], 14 de octubre de 1991 [RJ 1991\6915], 6 de julio de 1992 [RJ 1992\6184], 10 de febrero de 1997 [RJ 1997\938], 14 de mayo de 2010 [RJ 2010\3698] y 28 de enero de 2015 [JUR 2015\38236]

⁷⁹ González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, op. cit., p.165

fijación en el que las partes se limitan a fijar, sin que ello se convierta en oneroso para ninguno de los dueños colindantes ⁸⁰.

Este negocio jurídico en palabras de GONZÁLEZ POVEDA, «*no crea, ni transmite ni modifica derechos*» y además «*vincula a las partes y no puede ser unilateralmente revocado salvo impugnación, alegando error u otro vicio de la voluntad*» ⁸¹.

Podría sostenerse, no obstante, que el acuerdo de simple fijación o concreción de los límites físicos de la finca no constituye un auténtico y propio negocio jurídico. No se incorporan al mismo verdaderas declaraciones de voluntad de carácter negocial, dirigidas a producir una alteración en la esfera jurídica de los contratantes para la cual resulte decisivo y regulador el contenido de aquellas mismas declaraciones de voluntad, pues las partes se limitan a manifestar, de modo solemne, una situación previamente existente y plenamente conocida y aceptada por ambos. Estamos, por ello, ante declaraciones de puro conocimiento o verdad, cuyo efecto depende de su realidad o exactitud, esto es, su exacta conformidad con la concreta realidad sobre la cual se proyectan. Sin que quepa atribuir por tanto al «negocio» de deslinde celebrado entre los colindantes los efectos vinculantes del contrato —*cfr.* artículo 1091 del CC— ⁸², condenando a las partes y sus causahabientes a pasar por una situación de deslinde que, por cualquier causa, resulta contraria a la verdadera realidad de las fincas a que se refiere; una situación que, además de resultar contraria a la lógica, contradice la propia naturaleza imprescriptible de la acción de deslinde —*cfr.* artículo 1965 del CC— ⁸³.

Por otro lado, cuando existe incertidumbre sobre la extensión de los linderos y las partes que se encuentran en situación de desacuerdo lo solucionan por medio del deslinde contractual, entonces estaremos en presencia de un negocio jurídico de transacción ⁸⁴, cuyo sustento normativo lo encontramos en el artículo 1809 del CC que establece que «*la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*» ⁸⁵.

⁸⁰ González Poveda, P., *ibid.*

⁸¹ González Poveda, P., *ibid.*

⁸² artículo 1091 del CC

⁸³ artículo 1965 del CC

⁸⁴ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil, op. cit.*

⁸⁵ artículo 1809 del CC

➤ Deslinde judicial

Este deslinde aparece regulado la LEC de 1881⁸⁶ que permanece en vigor en virtud de la Disposición Derogatoria única, 1ª, de la LEC⁸⁷.

Esta regulación establece que cualquier propietario o titular de derecho real podrá acudir al expediente de jurisdicción voluntaria con la intención de practicar el deslinde⁸⁸. Sin embargo, el artículo 2070 de la LEC de 1881 establece que el dueño de terreno colindante se podrá oponer a la operación de deslinde, no quedando de este modo afectado al deslinde que se practique⁸⁹.

➤ Deslinde registral de la finca

Junto al deslinde judicial, la LH ha introducido un nuevo procedimiento de deslinde, dentro del ámbito propio de la jurisdicción voluntaria. El artículo 200 de la LH, establece la posibilidad de solicitar el deslinde del «*Notario hábil para actuar en el distrito notarial en donde radiquen las fincas o en cualquiera de los distritos notariales colindantes*»⁹⁰.

El expediente puede ser iniciado «*a instancia del titular registral del dominio, o de ser varios de cualquiera de ellos, o de cualquier derecho real*» y exige la aportación de la representación gráfica de la finca —junto con la catastral, en caso de que la descripción alegada por el promotor del expediente no resulte conforme con la que aparezca inscrita en el Catastro—⁹¹.

El procedimiento, sin embargo, tiene efectos muy limitados, pues solo podrá lograr el efecto de deslinde pretendido en el caso de que todos los afectados por el ejercicio de la acción —la totalidad de los colindantes o, en caso de deslinde parcial, los interesados en este—, comparezcan en el expediente y manifiesten su conformidad al mismo. En caso

⁸⁶ Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil (BOE de 5 de febrero de 1881)

⁸⁷ Disposición derogatoria única, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

⁸⁸ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

⁸⁹ Artículo 2070 Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la LEC (BOE de 5 de febrero de 1881)

⁹⁰ Artículo 200 de la LH

⁹¹ Artículo 200 de la LH

contrario, esto es, «no habiendo acuerdo entre los interesados», el Notario debe «dar por concluso el expediente»⁹². Una severa limitación de los efectos del nuevo procedimiento notarial de deslinde de la que, sin duda, debe deducirse la pervivencia del procedimiento de deslinde judicial contenido en la LEC de 1881⁹³.

En todo caso, es necesario, según el artículo 200 de la LH, que el registrador, a la vista del resultado del deslinde, no «albergue dudas fundadas sobre la posibilidad de que el acuerdo de deslinde alcanzado encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria»⁹⁴; tratando de evitar con ello que, a través del deslinde voluntario y basado en el acuerdo, se realicen operaciones en fraude de ley. Surge sin embargo la duda acerca de si dicha limitación a la eficacia de la operación de deslinde resulta también aplicable a los deslindes judiciales, tramitados de conformidad con las normas de la LEC de 1881.

➤ Deslinde contencioso

El deslinde contencioso o deslinde con los bienes de la Administración es aquel que tiene lugar como consecuencia de la confusión de linderos con respecto a la propiedad privada de una persona y los bienes pertenecientes a la Administración pública⁹⁵.

A diferencia del resto de deslindes, este se encuentra regulado en la legislación administrativa, en concreto en la LPAP en sus artículos 50 a 54⁹⁶ y solamente podrá ser ejercitado por la propia Administración, no por el dueño de la propiedad privada⁹⁷.

⁹² Artículo 200 de la LH

⁹³ Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil (BOE de 5 de febrero de 1881)

⁹⁴ Artículo 200 de la LH

⁹⁵ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

⁹⁶ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 de noviembre de 2003)

⁹⁷ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

3.4.2. Amojonamiento

El amojonamiento es una acción totalmente independiente de la de deslinde y que no se encuentra regulada en nuestro CC ⁹⁸, aunque el Capítulo III se denomine *Del deslinde y del amojonamiento* ⁹⁹.

HUALDE SÁNCHEZ define el amojonamiento como la «operación material que consiste en colocar los hitos, mojones o signos físicos que exteriorizan los linderos de una finca, por lo que solo procede cuando éstos ya están establecidos»¹⁰⁰. Además, esta acción podrá ir o no precedida de la acción de deslinde.

4. LAS ACCIONES REALES PROTECTORAS DE LA POSESIÓN

4.1. Interdictos

4.1.1. Concepto

Durante el transcurso de este trabajo hemos acudido reiteradamente a la afirmación de que la acción en general tiene como finalidad la protección de un derecho. En el caso de las acciones o interdictos posesorios, nos encontramos ante una aparente excepción a esta regla —aunque ello dependerá, en el fondo, del criterio doctrinal por el que optemos—, pues la mayor parte de la doctrina —y a mi juicio la más acertada— considera la posesión no tanto como un derecho, sino más bien como un hecho jurídico merecedor de protección ¹⁰¹. En estas líneas, VÁZQUEZ BARROS afirma que «la posesión como hecho es la tenencia de las cosas por su simple ocupación material, pero que por el transcurso del tiempo y en determinadas circunstancias puede llegar a constituir una relación jurídica capaz de engendrar el dominio» ¹⁰². Los interdictos posesorios son precisamente aquellas acciones que se dirigen a proteger el hecho jurídico de la posesión.

Los interdictos posesorios aparecen regulados en la LEC en su artículo 250.1 3º, 4º, 5º y 6º. Este precepto se limita a recoger cuáles son las demandas que deben tramitarse por

⁹⁸ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

⁹⁹ Capítulo III del CC

¹⁰⁰ Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, op. cit.

¹⁰¹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 156

¹⁰² Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p.86

juicio verbal, omitiendo cualquier remisión al término interdicto y cualquier definición legal que nos acerque a su significado.

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

(...)

3.º Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

4.º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

5.º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva.

6.º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.»¹⁰³.

Aunque la actual LEC haya omitido el término interdicto en su nueva regulación, a diferencia de la LEC del 1881 que regulaba dichas acciones posesorias bajo aquella denominación específica, es innegable el carácter interdictal de dichas acciones, que se caracterizan por la sumariedad de los procesos¹⁰⁴.

¹⁰³ Artículo 250, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

¹⁰⁴ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p.155

4.1.2. *Interdicto de adquirir*

i. Concepto

Este proceso tiene como finalidad la protección del heredero en la posesión de los bienes de los que es beneficiario, es decir, de los bienes que le han sido adjudicados por sucesión testamentaria o sucesión intestada ¹⁰⁵.

El proceso aparece por ello directamente relacionado con el artículo 440 del CC, conforme al cual *«la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.*

El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento» ¹⁰⁶.

De modo que, si se considera que la posesión pasa al heredero sin solución de continuidad, siempre y cuando la herencia sea aceptada, entonces también deberán transmitirse al mismo tiempo todos los derechos que hubiese tenido el *de cuius* al momento de su muerte en relación con los bienes heredados, dentro de los cuales podemos destacar los derechos de puro carácter posesorio ¹⁰⁷.

Aunque la transmisión de la posesión sobre los bienes recibidos en herencia se produzca *ope legis*, por ministerio de la ley, en virtud de la regla contenida en el citado artículo, dado que la posesión se transmite sin necesidad de la aprehensión material de los bienes, el heredero podrá obtener la posesión del bien hereditario mediante el ejercicio del interdicto, siempre dentro del ámbito subjetivo delimitado por la ley (dueño y usufructuario) ¹⁰⁸.

ii. Carácter

Nos hemos referido a este interdicto como el procedimiento mediante el cual el heredero protege su posesión. Sin embargo, esta afirmación solo resultaría acertada si aceptásemos con un valor absoluto la ficción del Derecho sucesorio romano conforme a

¹⁰⁵ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos, op.cit.* p.163

¹⁰⁶ Artículo 440 del CC

¹⁰⁷ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos, op.cit.* p.101

¹⁰⁸ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos, op.cit.* p.163 - 164

la cual el heredero se constituye en verdadero continuador de la personalidad del causante, la cual permanece inalterable al frente del grupo familiar y político; en otro caso, debemos llegar a la conclusión de que no estamos ante la protección de una posesión que existía *ex ante* y la cual se quiere recuperar o recobrar —en cuyo caso acudiríamos al interdicto de retener o recobrar la posesión—, sino, más bien, de la tutela de una posesión sobre el bien heredado que el heredero pretende obtener *ex novo* como consecuencia del ejercicio de la acción interdictal. La finalidad que se persigue con el interdicto no es la defensa de la posesión, sino la de investidura del actor en la posesión civilísima —la que por ministerio de la ley corresponde al heredero, sin solución de continuidad, como consecuencia del fenómeno sucesorio—¹⁰⁹.

Como afirma la STS de 21 de octubre de 2008, «*el llamado interdicto de adquirir no es un medio defensivo de la posesión física y actualmente tenida, lo que le diferencia de los genuinos interdictos de retener o recobrar la posesión aunque se regulara conjuntamente con estos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sino un procedimiento encaminado a proporcionar a quien tiene un título hereditario la posesión de los bienes que le corresponden en la herencia en virtud del ius possidendi que dicho título le confiere, pudiendo de este modo hacer notoria la posesión civilísima que adquiere el heredero en virtud de lo dispuesto en el artículo 440 del Código Civil, que declara transmitida a él ipso iure la posesión de dichos bienes sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante. Por ello —añade el Tribunal— el heredero no ha de acudir a este medio procesal de convertir la investidura legal del artículo 440 del Código Civil en investidura real más que cuando sea preciso hacer patente su realidad posesoria frente a terceros o poseedores inmediatos, pues si ello no es necesario el heredero puede tomar por sí la posesión de los bienes hereditarios siempre que no estén poseídos por nadie*»¹¹⁰.

Por lo cual, podemos afirmar que este procedimiento tiene un carácter petitorio y no protector¹¹¹.

¹⁰⁹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 158

¹¹⁰ STS (Sala de lo Civil), 21 de octubre, núm. 952/2008, núm de recurso 2780/2002

¹¹¹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 158

iii. Requisitos

Este proceso interdictal no puede ser iniciado por cualquier persona que haya recibido bienes por herencia, sino que existen una serie de exigencias que deben cumplimentarse para asegurar la prosperabilidad de la acción ¹¹².

En primer lugar, la acción únicamente corresponde al heredero de la cosa litigiosa, por lo tanto, la persona que pretenda iniciar el juicio verbal deberá en la demanda presentar el título sucesorio que sirva de base a su pretensión. El título sucesorio puede ser de cualquier clase, tanto la disposición testamentaria otorgada por el *de cuius*, el pacto sucesorio celebrado por el mismo —en los Derechos forales que admiten la sucesión contractual—, o, en su defecto —cuando el causante no haya celebrado pacto sucesorio alguno, no haya dejado testamento, haya sido el mismo declarado nulo o no comprenda todos los bienes hereditarios—, el acta notarial mediante la cual el actor haya sido declarado heredado *ab intestato* del bien o bienes hereditarios objeto de la acción. Ambos títulos formales —testamentario, contractual o *ab intestato*— serán igualmente válidos y deberán aportarse junto con el documento acreditativo en el que conste la determinación del bien litigioso ¹¹³.

En segundo lugar, es necesario que los bienes heredados no estén poseídos a título de dueño o usufructuario por otra persona. Así lo viene admitiendo la jurisprudencia, declarando que *«al igual que ocurría en la anterior normativa, se trata de demandas posesorias, dirigidas a proteger el hecho de la posesión, en este caso, mediante la pretensión de que el órgano jurisdiccional ponga en posesión de bienes a quien los haya adquirido por herencia, siempre que no están poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario»* —cfr. SAP de Lleida (Sección 2ª) núm. 7/2008 de 11 de enero— ¹¹⁴.

¹¹² Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 168

¹¹³ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 169

¹¹⁴ SAP de Lleida (Sección 2ª), 11 de enero, núm. 7/2008

4.1.3. *Interdicto de retener y recobrar*

i. Concepto

Es el procedimiento mediante el cual el poseedor de una cosa protege el hecho de su posesión. El objeto del interdicto es, por ello, la protección del hecho mismo de la posesión, del que surge por tanto un derecho específico a ser mantenido en esa situación de tenencia del bien. Es el llamado *ius possessionis*, cuyo fundamento se encuentra, seguramente, en la utilidad —la necesidad social y económica de proteger, de modo inmediato y transitorio, las situaciones de explotación o aprovechamiento efectivo de los bienes—. El *ius possessionis* se contrapone por ello al llamado *ius possidendi*, aquel que corresponde al titular del derecho material subjetivo al goce o disfrute del bien y que le legitima para reclamar la entrega definitiva del mismo del mero detentador o tenedor, no amparado por título alguno, mediante el ejercicio de la acción en el juicio declarativo y plenario que corresponda ¹¹⁵. Así, podemos afirmar que cualquier persona debe ser respetada en su posesión por el mero hecho de ser poseedor actual de la cosa, y en caso de que esta sea perturbada de cualquier modo, tendrá dicho poseedor acción contra el perturbador ¹¹⁶.

De modo que, según VÁZQUEZ BARROS, el interdicto «*protege no sólo la posesión cuya legitimidad en derecho se manifiesta o pueda justificarse; sino que, en razón de la presunción de que toda posesión actual es prima facie legítima, ampara contra toda violencia civil todo género de posesión, incluso la viciosa, abusiva o retenida injustificadamente, sea la posesión que con animus domini se mantiene, sea la que se ostenta en concepto de usufructuario, usuario, ocupante, comodatario, anticresista, prendatario, arrendatario o simple tenedor o detentador de la cosa (...)*» ¹¹⁷.

Este interdicto tiene su origen legal tanto en la LEC —artículo 250.1 4º ¹¹⁸—, como en el CC:

- 1) En su artículo 441, el cual consagra en el ámbito posesorio la prohibición general de las vías de hecho, evitando que las personas se tomen la justicia por su mano e

¹¹⁵ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 185

¹¹⁶ Sevilla Cáceres, F., “Interdicto de retener o de recobrar la posesión”, *Mundo jurídico* (disponible en <https://www.mundojuridico.info/interdicto-de-retener-o-de-recobrar-la-posesion/> última consulta 03/04/19)

¹¹⁷ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 187

¹¹⁸ Artículo 250 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

impidiendo la adquisición de la posesión de la cosa de forma violenta o contraria a la voluntad del tenedor actual que se oponga a ello. Además, el artículo prevé la posibilidad de que el poseedor actual que se vea violentamente privado de la posesión de la cosa lleve a cabo una reclamación de la cosa ante la Autoridad judicial competente ¹¹⁹.

2) En su artículo 446, el cual establece el derecho de todo poseedor a ser respetado en su posesión, previendo la restitución en la posesión y amparo del tenedor que fuera inquietado en ella, por los medios legalmente establecidos ¹²⁰.

ii. Carácter

A diferencia del interdicto de adquirir, mediante el cual el demandante pide la investidura de la posesión sobre el bien hereditario, el interdicto de retener y recobrar tiene un carácter propiamente posesorio. Se trata de un procedimiento en el que se persigue una auténtica protección o defensa de la posesión, en caso de que el poseedor se vea perturbado o despojado ¹²¹.

iii. Diferencias entre el interdicto de retener y recobrar

El interdicto de retener y el de recobrar aparecen regulados en el mismo apartado del artículo 250, de tal manera que existe una única regulación para los dos interdictos. No obstante, cada uno de ellos persigue unos objetivos distintos y procede en situaciones diferentes ¹²².

En primer lugar, el interdicto de recobrar procederá cuando la persona sea efectivamente privada, mediante actos violentos o clandestinos, de la posesión del bien o derecho en cuestión. Debe existir, por ello, un auténtico despojo de la posesión, dirigiéndose el interdicto a la restitución en la posesión del poseedor actual que ejercita la acción ¹²³.

¹¹⁹ artículo 441 del CC

¹²⁰ artículo 446 del CC

¹²¹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 156

¹²² Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 185

¹²³ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 199 - 200

En segundo lugar, el interdicto de retener procederá cuando se lleven a cabo actos dirigidos al posterior despojo de la posesión, esto es, debe acreditarse únicamente la perturbación de la posesión. En palabra de VÁZQUEZ BARROS «*el interdicto de retener es procedente cuando se turba la tranquilidad, la paz jurídica, con la intención de despojar al poseedor con actos preparatorios tendentes a inquietar o a molestar al que ejerce el señorío de hecho sobre la cosa*»¹²⁴.

A pesar de la anterior distinción y debido a la finísima línea divisoria que separa ambos interdictos, el TS concede la posibilidad de que el demandante acuda subsidiariamente al interdicto de recobrar en aquellos casos en que la acción interdictal de retener no haya prosperado.

iv. Requisitos

Tres son las exigencias legales que deberán concurrir para la prosperidad de esta acción interdictal:

En primer lugar, el demandado deberá justificar que poseía la cosa objeto del litigio, de manera pacífica e ininterrumpida, o lo que es lo mismo, el demandado deberá acreditar su legitimación activa para interponer la demanda¹²⁵.

De manera insistente, hemos advertido de que el interdicto posesorio protege una situación de hecho y no de derecho. De ahí la importancia de determinar cuál es el objeto de la prueba, pues no se trata de acreditar el título justificativo que legitima al tenedor para poseer, sino de que el demandante acredite una pura situación factual: la tenencia o posesión de hecho de la cosa de manera pacífica e ininterrumpida hasta el momento en el que sufrió el despojo o perturbación. Todo ello sin perjuicio de los actos que hubiera podido tolerar el demandante, de los que hablaré en profundidad más adelante, que no tendrán efecto alguno sobre la posesión preexistente¹²⁶.

Además, el demandado no podrá alegar que el demandante había abandonado la posesión a menos que pruebe la concurrencia de una verdadera voluntad o intención de abandono —el *animus derelinquendi*—. La *ratio legis* de la prohibición radica en el hecho de que es precisamente el acto de despojo el que interrumpe la posesión, de manera que todo argumento de la contraparte consistente en que la posesión fue abandonada por el

¹²⁴ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 202

¹²⁵ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 222

¹²⁶ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 223

demandante deberá ir acompañada de la correspondiente prueba que acredite que la voluntad del demandante era efectivamente la de abandonar la cosa. Pues la renuncia de los derechos —incluyendo el *ius possessionis* o derecho del simple poseedor a ser mantenido en su posesión material— exige la concurrencia, junto al acto de desposesión o abandono —*corpus derelictionis*—, de una específica voluntad o intención de abandonar el derecho objeto de la renuncia —*animus derelinquendi*— ¹²⁷.

En segundo lugar, el demandante deberá a su vez probar que, en el ejercicio de la posesión sobre el objeto litigioso, fue despojado —porque el demandado llevó a cabo actos que provocaron la pérdida para el actor de la cosa poseída—, o perturbado —porque el demandado llevó a cabo actos que inquietaron o dificultaron el ejercicio de la tenencia o posesión de hecho sobre la cosa—. Por lo que deberá el demandado determinar cuáles fueron los actos constitutivos de la trasgresión sufrida ¹²⁸.

La jurisprudencia ha venido definiendo los actos que pueden ser entendidos como despojo, admitiendo que se considerará despojada la posesión en aquellos casos en los que el demandante ¹²⁹: construya un trastero que cuente con una puerta de entrada y dos ventanas, convierta un balcón en una galería, cerque el terreno con una valla de plástico, construya un puente cerrando el principio de este con una verja, ocupe a modo de vivienda una pequeña casa, realice construcciones dirigidas a la apertura de una puerta cuando exista en un terreno determinado una servidumbre de paso con finalidad de impedirla, etc. ¹³⁰

Además, para que los actos sean constitutivos de despojo no podrán estar legamente justificados. De este modo, el demandante deberá estar actuando ilícitamente, dado que existen situaciones que, si bien podrían ser calificadas como despojo ilícito, no lo son por estar amparadas por la ley, como serían, según VAZQUEZ BARROS, «*el ejercicio de un derecho amparado por la autoridad competente en cumplimiento de un deber, el consentimiento del poseedor, la posesión meramente tolerada, la ejecución de un mandato emanado de autoridad competente y, finalmente, la falta de alguno de los elementos integrantes del despojo, como son el objeto, el sujeto y el nexo causal*» ¹³¹.

A este respecto, es también menester que, para que pueda probarse la existencia de actos que hayan perturbado el ejercicio de la posesión o directamente hayan despojado al

¹²⁷ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 223 - 224

¹²⁸ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 222

¹²⁹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 225

¹³⁰ Vázquez Barros, S., *ibid.*

¹³¹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 226

demandado de la posesión, se identifique de manera exacta y clara la cosa objeto de dicha perturbación o despojo. Deberá el actor, por lo tanto, determinar la extensión del terreno o cosa sustraída de manera precisa ¹³².

En tercer lugar, el demandado cuenta con el plazo de un año para interponer la demanda. El artículo 460 4º del CC establece que la posesión se pierde, entre otras causas, «*por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año*» ¹³³. Así las cosas, transcurrido un año desde el mismo momento en que tuvo lugar el acto constitutivo de perturbación o despojo la acción caducará perdiendo a su vez el antiguo poseedor su derecho a interponer el interdicto. Las demandas que, o bien se hayan interpuesto después de un año desde que se produjo el hecho perturbador o se consumó el despojo, o bien no establezcan de manera precisa el momento en que se produjeron estos actos, no podrán ser admitidas ¹³⁴.

v. Actos tolerados

Los actos tolerados vienen contemplados en el artículo 444 del CC, conforme al cual «*los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión*» ¹³⁵.

Así, de un lado podemos afirmar que los actos que se llevan a cabo como consecuencia de mera tolerancia del poseedor de la cosa no afectan en modo alguno a la posesión de este. De otro lado, también podemos afirmar que el poseedor que permita el acto tolerado no tendrá derecho ni necesidad de ejercitar este interdicto posesorio, porque estas acciones tienen como objetivo la protección de una posesión de hecho, y en virtud del artículo 444 del CC los actos de tolerancia no han inquietado la posesión, la posesión ha permanecido intacta en manos del poseedor y este no tendrá necesidad alguna de proteger su situación ¹³⁶.

Los actos de tolerancia son aquellos actos ocasionales, accidentales e intermitentes que se llevan a cabo por razones de amistad, familiaridad, vecindad, benevolencia... ¹³⁷ VAZQUEZ BARROS manifiesta que se producirá una posesión de hecho susceptible de

¹³² Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 222

¹³³ artículo 460.4 CC

¹³⁴ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 227

¹³⁵ Artículo 444 del CC

¹³⁶ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 230

¹³⁷ Vázquez Barros, S., *ibid.*

protección interdictal en el momento en que «*esa tolerancia da lugar a una relación permanente, definida y exteriorizada*»¹³⁸.

Además, la jurisprudencia ha fijado la interpretación que debe darse al artículo 444 del CC. De manera que se encuentran protegidos por el interdicto de retener y recobrar las personas que emprendan actos posesorios con carácter ocasional, discontinuo o aislado, a pesar de lo cual, cuando estos tengan la consideración de actos tolerados quedarán desamparados por esta acción interdictal. A este respecto, tendrán consideración de actos tolerados todos aquellos que se realicen por permisión del dueño o poseedor de manera parcial y discontinua de la cosa¹³⁹. Así lo afirman la SAP de Córdoba (Sala de lo Civil) núm. 539/2018 del 19 de julio¹⁴⁰, la SAP de Albacete (Sala de lo Civil) núm. 125/2018 del 19 de abril¹⁴¹, la SAP de Alicante (Sección 1) núm. 385/2017 de 20 de octubre¹⁴².

vi. Legitimación activa

El artículo 446 otorga al poseedor un derecho a ser respetado en la posesión de la cosa y en caso de que esta sea inquietada o despojada un derecho a ser mantenido o restituido en la situación en que se encontraba¹⁴³. De este precepto podemos deducir que la legitimación activa corresponde al poseedor de la cosa que haya sido desposeído o perturbado.

Sin embargo, el CC no especifica en ningún momento los tipos de poseedores que se encuentran amparados por esta acción. La doctrina mayoritaria ha venido afirmando que cualquier poseedor podrá iniciar estos procedimientos, tanto los poseedores mediatos como los inmediatos, tanto los que posean en concepto de dueño como los que posean en concepto distinto del de dueño, tanto los que tengan una posesión natural como civil y tanto los posean de buena como de mala fe¹⁴⁴.

Un sector minoritario doctrinal ha considerado que el artículo 444 del CC excluye a los poseedores de mala fe, en cuanto establece que los actos meramente tolerados y los clandestinos y violentos no perjudican a la posesión¹⁴⁵. No parece posible interpretar, sin

¹³⁸ Vázquez Barros, S., *ibid*

¹³⁹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos, op.cit.* p. 232

¹⁴⁰ SAP de Córdoba (Sala de lo Civil) núm. 539/2018 del 19 de julio, núm. de recurso 181/2018

¹⁴¹ SAP de Albacete (Sala de lo Civil) núm. 125/2018 del 19 de abril, núm. de recurso 556/2017

¹⁴² SAP de Alicante (Sala de lo Civil) núm. 385/2017 de 20 de octubre, núm. de recurso 197/2017)

¹⁴³ artículo 446 CC

¹⁴⁴ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos, op.cit.* p. 185 y 205

¹⁴⁵ Artículo 444 del CC

embargo, que el precepto permita solventar con violencia las situación conflictivas, aunque el tenedor haya adquirido la posesión de manera ilegítima; ni parece tampoco razonable excluir de la posibilidad de ejercitar el interdicto posesorio al que haya adquirido la posesión de mala fe, entre otras cosas porque estamos ante circunstancias — la violencia o mala fe en la adquisición de la posesión— que escapan al limitado ámbito del procedimiento interdictal. No puede ser determinadas en el seno del procedimiento sumario puesto en marcha a través del interdicto de retener y recobrar, debiendo ser determinadas, por el contrario, a través de una vía judicial distinta y más amplia. Por lo tanto, ha de reconocerse la legitimación para el ejercicio de la acción interdictal a aquel que pierda la posesión por la actuación violenta o clandestina de otro y a este último contra cualquier tercero que le arrebató o perturbe en la posesión; y ha de concluirse también que la cuestión relativa a la legitimidad de la posesión del actor, en uno y otro caso, no podrá ser objeto de debate en ese procedimiento interdictal ¹⁴⁶.

Por otro lado, como ya he dicho, además de los poseedores inmediatos, también tienen derecho a iniciar este procedimiento el poseedor mediato de la cosa: esto es, el poseedor en concepto de titular de cualquier derecho sobre el bien, de cuyo contenido forme parte la posesión, cuando la tenencia directa de la cosa corresponde al poseedor en concepto de titular de un derecho más limitado que el primero, pero no contradictorio con él. Así, por ejemplo, cuando exista sobre la cosa una posesión derivada de un derecho de arrendamiento o de usufructo y el arrendatario o usufructuario se vea despojado o perturbado en su posesión, tendrá derecho a impedirlo por medio del interdicto tanto el propio poseedor en concepto de arrendatario o usufructuario, como el poseedor en concepto de arrendador o nudo propietario ¹⁴⁷.

Así las cosas, debemos también recordar que cuando exista un arrendamiento o usufructo sobre un bien, el poseedor en concepto de arrendatario o usufructuario tendrá acción contra los terceros que traten de inquietarles en la posesión, así como contra el arrendador o nudo propietario que les despoje de su posesión o les perturbe en ella ¹⁴⁸.

Además, cuando la persona reciba por herencia un bien que haya sido despojado o cuya posesión haya sido perturbada, no resulta necesario que el legítimo heredero se encuentre de hecho poseyendo la cosa, sino que basta con que el causante hubiese poseído hasta el momento de su muerte, ya que como bien hemos afirmado en el apartado relativo

¹⁴⁶ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 204 y 205

¹⁴⁷ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 205 y 206

¹⁴⁸ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 206

a los interdictos de adquirir, la posesión del heredero sobre los bienes hereditarios, como verdadera posesión civilísima o presunta, se atribuye al mismo por ministerio de ley desde el mismo momento de la apertura de la sucesión, sin solución de continuidad ¹⁴⁹.

vii. Legitimación pasiva

No parece difícil suponer que, si la legitimación activa la ostenta la persona que sufrió el despojo o perturbación, la legitimación pasiva ha de ostentarla quien lo causó. Sin embargo, esta afirmación requiere de una serie de precisiones.

En este apartado entra en juego el *ius spoliandi* o ánimo lesivo. De este modo, el que inquiete a una persona en su posesión no ostentará la legitimación pasiva de manera objetiva. Es necesario además, como requisito indispensable, que exista una voluntad dañosa ¹⁵⁰.

De ahí la necesidad de distinguir entre el autor inmediato y mediato de la perturbación o despojo. El primero es la persona que ejecuta materialmente el acto, esto es, el único titular de la legitimación pasiva si se emplearan criterios objetivos. El segundo es la persona que ordena el acto lesivo y que tendrá la consideración de legitimado pasivo en caso de que concurran ambos agentes ¹⁵¹.

El problema está en la dificultad que acarrearía la tarea de acreditación de tales circunstancias para el demandante si se le exigiera que determinase, sin lugar a dudas, quién fue la cabeza pensante de la actividad dañosa y quién fue el mero ejecutor. Ello supondría una labor probatoria extremadamente compleja e incluso *cuasi* policial. Sin embargo, sí se le deben exigir unas labores indagatorias mínimas ¹⁵².

La jurisprudencia del TS, por ello, ha atribuido desde antiguo la legitimación pasiva interdictal, junto al mero ejecutor material, a la «*persona que mandó ejecutar el despojo o la perturbación, pues es ella quien se beneficia de las órdenes dadas y quien recibe las ventajas de la posesión suplantada*». En el interdicto de recobrar la posesión, de este modo, la legitimación pasiva viene determinada, no solo por la autoría material o física del despojo, sino por la esfera de dominación o intereses a que tal despojo aparece

¹⁴⁹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 206

¹⁵⁰ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 219

¹⁵¹ Vázquez Barros, S., *ibid.*

¹⁵² Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 220

referido; de manera que solo puede dirigirse la acción contra el verdadero causante jurídico de la lesión posesoria ocasionada ¹⁵³.

viii. Requisitos de procedibilidad

El ejercicio de los interdictos posesorios, tal como afirma de manera constante y uniforme la jurisprudencia, se halla sujeto a varios presupuestos o requisitos de procedibilidad. Y, así, dice la SAP Toledo (Sección 2ª) de 5 enero de 2001, «*según reiterada y consolidada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, creada sobre la base de los arts. 1561 y cc. LEC, son requisitos para la viabilidad del interdicto de recobrar los siguientes:*

a) el acreditamiento por el actor de la posesión jurídica o mera tenencia de la cosa de la que afirma haber sido despojado;

b) la realidad de tal despojo, que ha de ser verificado a través de actividad presidida por un "animus spoliandi" y concretarse en hechos materiales conducentes a la privación, total o parcial, del goce de la cosa poseída, o la alteración del "status" anterior que se pretende restaurar a través de la acción interdictal

c) la correcta, plena y exacta identificación y delimitación del ámbito material de lo poseído, y la real extensión cuantitativa de lo sustraído, no bastando conjeturas, indeterminaciones o apreciaciones meramente subjetivas;

d) prueba del despojo por la parte promotora del interdicto, a tenor de lo previsto con carácter general en el art. 1214 CC; y

e) la interposición de la demanda interdictal antes del transcurso de un año desde el momento en que se cometió el presunto despojo, pues tras ese plazo el que se dice despojado ha perdido conforme a Derecho su posesión (art. 460.4 CC)» ¹⁵⁴.

Tales requisitos aparecen reiterados a lo largo de una amplísima y constante jurisprudencia de las Audiencias Territoriales I. La admisión del interdicto, por ello, está sujeta a la prueba de tales requisitos, de manera que la ausencia de cualquiera de ellos determina la desestimación de la protección posesoria reclamada por el actor.

¹⁵³ STS de 11 de octubre de 1898, 16 de febrero de 1934 [RJ —marginal Aranzadi— 1934\257], 16 de febrero de 1941, 15 de diciembre de 1945 [RJ 1945\1299] y 27 de septiembre de 1955 [RJ 1955\2504], entre otras.

¹⁵⁴ SAP de Toledo (Sección 2ª) de 5 enero de 2001 [TOL —marginal Tirant— 112.000]

4.1.4. *Interdicto de obra nueva*

i. Concepto

Mediante este interdicto el poseedor pide la paralización de una obra no terminada efectuada por una persona distinta del propio poseedor. Sin embargo, esta acción interdictal, a diferencia de las otras, no solo se encuentra dirigida a proteger la posesión, sino también al propietario o titular de cualquier otro derecho real que se vea perjudicado por una obra ¹⁵⁵. Además se trata de un juicio declarativo especial y sumario que como bien afirma la AP en su Sentencia de 7 de noviembre de 2016 «*tiende a mantener el estado de hecho preexistente paralizando una obra nueva*» ¹⁵⁶.

En este sentido, VAZQUEZ BARROS defiende que este interdicto «*no puede conceptualizarse como una acción posesoria, sino como un procedimiento destinado, exclusivamente, a proteger la propiedad, posesión y otro derecho real del interdictante contra los perjuicios, inconvenientes o molestias que produce el demandado con motivo de una obra nueva, constituyendo un proceso cautelar conservatorio, cuya prevención se dirige a mantener un estado de hecho preexistente, evitando una lesión jurídica en el patrimonio del interdictante hasta tanto se resuelva el juicio declarativo correspondiente*» ¹⁵⁷.

ii. Carácter

Frente al carácter petitorio del interdicto de adquirir la posesión y el carácter propiamente posesorio del interdicto de retener y recobrar, el presente procedimiento tiene un carácter cautelar. Constituye, por ello, un procedimiento posesorio *sui generis*, cuya finalidad no coincide con la propia de las acciones posesorias —ni la de la adjudicación de la posesión ni la de la recuperación de la posesión—; por el contrario, tiene una finalidad aseguratoria ¹⁵⁸.

iii. Requisitos

¹⁵⁵ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 263

¹⁵⁶ SAP de Burgos (Sala de lo Civil) núm. 380/2016 de 7 de noviembre de 2016, núm. de recurso 305/2016

¹⁵⁷ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 264

¹⁵⁸ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 156

La jurisprudencia del TS ha venido definiendo las cuatro exigencias necesarias para que este interdicto prospere.

En primer lugar, es imprescindible que el demandante posea algún derecho real sobre la cosa objeto del procedimiento ¹⁵⁹.

En segundo lugar, es necesario que la persona que realiza el acto perjudicial sea el dueño de la obra ¹⁶⁰.

En tercer lugar, no prosperará el interdicto que tenga como objeto una obra ya terminada, sino que esta deberá encontrarse en proceso de ejecución ¹⁶¹. Resulta necesario que se haya producido un perjuicio y, por lo tanto, que la obra haya sido iniciada, dado que en el caso de que no existiera obra alguna nos encontraríamos ante un problema distinto que deberá resolverse por medio de un interdicto de retener o recobrar la posesión ¹⁶².

Finalmente, la obra que se encuentra en vía de ejecución debe causar un perjuicio al derecho del que el demandante es titular ¹⁶³. Para que un acto se repute dañoso es necesario, además, que esté presente carácter económico —no considerándose a este efecto como dañosos los daños morales— y que el daño sea causado por la obra directamente —no incluyéndose por lo tanto en el concepto de acto dañoso aquellos actos que causen un perjuicio por medio de los elementos accesorios de la obra — ¹⁶⁴.

Algunas sentencias en las que se declara la necesidad de que concurren estos requisitos son las siguientes: la STS de 29 de diciembre de 2004 ¹⁶⁵, la STS de 11 de noviembre de 1988 ¹⁶⁶ y la STS de 21 de marzo de 1996 ¹⁶⁷.

iv. Legitimación activa y pasiva

Dada la finalidad que persigue este interdicto, consistente en amparar al poseedor, propietario o titular de cualquier derecho real, estará legitimado activamente todo aquel

¹⁵⁹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 277

¹⁶⁰ Vázquez Barros, S., *ibid.*

¹⁶¹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 277 - 278

¹⁶² Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 278

¹⁶³ Vázquez Barros, S., *ibid.*

¹⁶⁴ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 289

¹⁶⁵ STS (Sala de lo Civil), 29 de diciembre núm. 1229/2004

¹⁶⁶ STS (Sala de lo Civil), 11 de noviembre de 1988 [RJ 1988\8434]

¹⁶⁷ STS (Sala de lo Civil), 21 de marzo núm. 221/1996

que se encuentre en la posesión de la cosa o que sea titular de la propiedad o cualquier otro derecho real sobre la misma ¹⁶⁸.

Asimismo, ostentarán la legitimación pasiva los autores de la obra en cuestión, no considerándose como tales a los ejecutores materiales de la obra, sino a los emprendedores de la obra encargados de su dirección y financiación ¹⁶⁹.

4.1.5. *Interdicto de obra ruinosa*

i. Concepto

Este interdicto, no protege propiamente al poseedor de una cosa, sino más bien, a aquel que se vea amenazado por la existencia de alguna edificación, árbol, columna o cualquier elemento de naturaleza asimilable en estado ruinoso ¹⁷⁰.

A pesar de que la Ley de enjuiciamiento civil establezca exclusivamente la posibilidad de la «*la demolición o derribo*» ¹⁷¹, este procedimiento se puede desglosar en dos distintos, según la finalidad a la que se encuentra dirigido, de manera que, debemos distinguir el procedimiento que persigue la mera adopción de medidas urgentes con respecto a estos elementos —procedimiento que trata de salvaguardar la seguridad de las personas que puedan verse afectadas de la manera más temprana posible— del que persigue la demolición de los elementos en juego ¹⁷².

ii. Carácter

Este interdicto, al igual que el anterior, presenta un carácter cautelar ¹⁷³. Se trata, del mismo modo, de una acción posesora *sui generis*, dado que, aunque este interdicto se encuentra encasillado dentro del elenco de acciones posesorias, no brinda en realidad protección alguna a la persona que se encuentra en posesión de una cosa determinada, sino que trata de salvaguardar la seguridad de aquellas personas que puedan verse afectadas por la existencia de una obra ruinosas.

¹⁶⁸ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 302

¹⁶⁹ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 307 - 308

¹⁷⁰ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 369

¹⁷¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

¹⁷² Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 372

¹⁷³ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, *op.cit.* p. 156

iii. Requisitos

El artículo 250 6º de la LEC establece la necesidad de que concurren dos requisitos¹⁷⁴.

Por un lado, resulta necesario que el elemento que se pretende demoler o respecto del cual se pretende adoptar alguna medida cautelar se encuentre en estado de ruina¹⁷⁵.

Por otro lado, también resulta necesario que el demandante se vea amenazado por la presencia de este objeto ruinoso¹⁷⁶.

iv. Legitimación activa y pasiva

Cualquier persona con un interés legítimo que justifique su intención de derrumbar o de adoptar medidas sobre la cosa ruinoso puede iniciar este procedimiento. Sin embargo, resulta necesario precisar el significado de interés legítimo en este procedimiento. En este sentido, no solo se encuentran legitimados activamente los propietarios, poseedores o titulares de algún derecho real sobre las fincas próximas que se encuentren amenazadas por la obra ruinoso, sino también aquellos que necesiten pasar por el lugar donde se encuentra la obra ruinoso¹⁷⁷.

En cuanto a la legitimación pasiva, será demandado el dueño de la obra ruinoso objeto del litigio¹⁷⁸.

4.2. Acción de desahucio por precario

El concepto de precario, al carecer de una definición legal específica, ha tenido que ser configurado por la doctrina y la jurisprudencia. Hace referencia a toda situación de ocupación de cosa ajena sin título, en virtud de un título nulo o que haya perdido posteriormente su validez; sin que, por tanto, a cambio de la cesión del uso del bien medie pago de renta o, de otro modo, realización de cualquier otra contraprestación por parte del precarista. Se trata, por ello, de una ocupación que no encuentra más fundamento que

¹⁷⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

¹⁷⁵ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 374

¹⁷⁶ Vázquez Barros, S., *ibid.*

¹⁷⁷ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 376

¹⁷⁸ Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, op.cit. p. 377

la mera tolerancia o liberalidad del dueño, de cuya exclusiva voluntad depende poner fin a la situación posesoria del precarista. Una terminación del uso ilegítimo para la cual se hace precisa, a falta de entrega voluntaria por el precarista, la interposición de la correspondiente acción de desahucio, acreditando el título que ostenta el actor —al dominio, al usufructo o a cualquier otro derecho que atribuya el *ius possidendi* o derecho a poseer el bien—; correspondiendo al ocupante demostrar la existencia de un título que le vincule con el objeto o con el demandante y ampare de este modo su permanencia en el goce de la finca (su derecho a la posesión del inmueble).

Siguiendo el criterio apuntado desde antiguo por ROCA SASTRE¹⁷⁹, la doctrina y la jurisprudencia¹⁸⁰ engloban dentro del concepto genérico de «precario» tres situaciones distintas: la posesión concedida, la posesión tolerada y la posesión sin título. Así, de un lado, la posesión concedida, hace referencia a una situación verdaderamente negocial, creada por las partes de modo voluntario. Se trata de las situaciones en que el uso «sin título» del bien aparece expresamente querido por las partes, reservándose sin embargo el dueño la facultad de reclamar en cualquier momento la posesión de la cosa cedida. Estamos, en tal caso, ante una variedad del comodato, expresamente referida en el artículo 1750 del CC —conforme al cual «*si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad*»¹⁸¹—; situación a la cual, por tanto, resulta de aplicación el régimen de dicho contrato, si bien, como consecuencia directa de la falta de pacto sobre la duración del contrato, la terminación de la cesión en el uso de la cosa queda al libre arbitrio del comodante. La posesión tolerada, por el contrario, hace referencia a la mera situación posesoria de hecho, sin título, la cual resulta meramente tolerada —en el sentido de soportada de manera pasiva— por el dueño, quien no percibe tampoco del precarista merced o contraprestación de tipo ninguno. Se trata de una pura situación de hecho, de mera posesión sin título, que no aparece fundada en voluntad negocial alguna, sino en la mera pasividad o tolerancia del dueño. Finalmente, la posesión sin título hace referencia a los supuestos de posesión completamente carente de título, así como aquellos que, habiendo gozado de título, han perdido posteriormente

¹⁷⁹ *Vid.*, sobre el precario en la doctrina en general, Santos Briz J., *Derecho civil*, Tomo IV, Revista de Derecho Privado, 1973, p. 309 y ss.

¹⁸⁰ Entre otras, las STS (Sala 1ª), de 26 de diciembre de 2005 [RJ 2006\180], 2 [RJ 2008\5587], 23, 29 [RJ 2008\6923] y 30 de octubre [RJ 2008\6925], 13 [RJ 2009\5] y 14 de noviembre [RJ 2009\393] de 2008 y 13 de abril [RJ 2009\2895] y 30 de junio de 2009 [RJ 2009\4244].

¹⁸¹ artículo 1750 del CC

la eficacia del mismo. Supuestos de simple detentación posesoria, caracterizados por la ausencia de cualquier voluntad negocial o mera tolerancia del dueño, a los que no cabe aplicar las normas del comodato; y que han de cesar, de este modo, en virtud del puro requerimiento del dueño, en cualquier momento.

En relación con tales situaciones de detentación, el artículo 250, apartado 2º, de la LEC establece que *«se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas (...) que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca»*¹⁸².

i. Legitimación activa y pasiva

La legitimación activa en la acción de desahucio corresponde por tanto al dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca, siempre que el actor cuente con un título válido¹⁸³. El actor debe, por ello, acreditar su derecho a poseer el inmueble, sin que resulte requisito necesario la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad.

Tratándose del derecho de usufructo, la legitimación activa corresponderá al usufructuario, no al nudo propietario¹⁸⁴. El arrendatario goza también de legitimación activa para la interposición de la demanda de desahucio por precario, en la medida en que es poseedor real de la finca arrendada.

La legitimación pasiva para el ejercicio de la acción de desahucio plantea en la actualidad, sin embargo, un problema complejo. Tradicionalmente, todas las situaciones de ocupación sin título, antes descritas, se asimilaban a la figura del precario. La distinción, por ello, era puramente teórica, sin ninguna relevancia práctica, pues, como afirma Bataller Ruiz¹⁸⁵, *«cuando cesaba el uso que legitimaba la duración del comodato la situación de quien posee la cosa pasa a ser la propia de un precarista»*. El concepto de precarista, por ello, ha tenido siempre en nuestro Derecho un carácter omnicomprendido. No quedaba restringido, como ocurría en el Digesto, a la situación de graciosa concesión del uso de la cosa, a ruego del precarista y bajo la simple tolerancia

¹⁸² artículo 250 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

¹⁸³ SAP de Barcelona 833/2018 de 26 de noviembre de 2018 —Cendoj: 08019370042018100793—

¹⁸⁴ SAP de Barcelona 496/2017 de 30 de junio de 2017 —Cendoj: 08019370042017100448—

¹⁸⁵ Bataller Ruiz E., *Código Civil Comentado. Artículo 1750*, Volumen IV, Thomson Reuters, 2016 (disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/title.html> última consulta 03/04/19)

del dueño concedente. Por el contrario, se ha extendido siempre a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el título dominical del actor. Así se deducía, según el criterio sostenido de modo uniforme por la jurisprudencia desde la conocida sentencia de 26 de junio de 1947, del concepto de precario recogido en el número 3 del artículo 1565 de la LEC de 1881 ¹⁸⁶.

Sin embargo, como destaca Bataller Ruiz ¹⁸⁷, *«el planteamiento legal de la cuestión ha experimentado una variación, según creo, con la redacción de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 250.1.2º coloca en el ámbito del juicio verbal las demandas “que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”»* .

En efecto, el artículo 250, apartado 2º, de la LEC, establece que *«se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas (...) que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca»*. El precepto parece introducir una restricción en el concepto legal de precario, como base para el ejercicio de la acción: debe tratarse, como en el Digesto, de una situación posesoria basada en la voluntad del dueño, como «cesión» en favor del precarista y con carácter gratuito. Así lo ha entendido una parte muy importante de la jurisprudencia menor ¹⁸⁸, por contraposición a la regulación anterior; tratando con ello de solucionar, además, uno de los más graves problemas que tradicionalmente ha planteado la acción de desahucio: la posibilidad de que se aleguen por las partes pretensiones complejas, propias del procedimiento ordinario —como la acción reivindicatoria o la declaración de nulidad de un contrato de arrendamiento—, incompatibles con el carácter limitado del juicio de desahucio, pues chocan con la limitación de medios y cuantía del juicio verbal en que ha de tramitarse el desahucio, y que pueden provocar indefensión en el demandado —quien, por ejemplo, ve impedida legalmente toda posibilidad de plantear reconvención (*cf.* artículos 438.2 y 447.2 de la LEC)—.

¹⁸⁶ Alguna jurisprudencia minoritaria, sin embargo, se inclinaba por la diferenciación. Así, por ejemplo, las STS (Sala de lo Civil) de 2 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10250] y 26 de diciembre de 2005 [RJ 2006\180]

¹⁸⁷ Bataller Ruiz E, *op. cit.*

¹⁸⁸ SAP de Cádiz (Sección 8ª) de 26 de enero de 2016 —Cendoj: 11020370082016100012—

Por el contrario, existe otra corriente jurisprudencial ¹⁸⁹ que, en las resoluciones de las AP, sigue acogiendo un concepto amplio de precario, sin alteración del concepto sustantivo de la institución, elaborado por la doctrina y el TS. De modo que a la expresión «*cedida en precario*», contenida en el art. 250 de la LEC, no puede atribuirse mayor significación que una simple forma de uso del lenguaje, sin más pretensión que poner de manifiesto que el procedimiento se dirige a sustanciar pretensiones de desahucio por precario de un tercero, en su acepción sustantiva interpretada jurisprudencialmente.

De este modo, la legitimación pasiva dependerá del criterio doctrinal que se acoja: el precarista en virtud de cesión voluntaria y gratuita, de conformidad con la moderna tesis restrictiva, cualquier poseedor sin título, se sigue el criterio amplio de la jurisprudencia tradicional.

5. CONCLUSIONES

Tras un pormenorizado análisis de cada una de las acciones reales podemos extraer una serie de conclusiones. Aunque las acciones reales se encuentren estrechamente relacionadas y ofrezcan algunas similitudes, cada una de ellas presenta un objeto de protección, unos requisitos para su ejercicio y un carácter distinto. Resulta imprescindible conocer esos matices que las distinguen y caracterizan para asegurar la viabilidad de las acciones reales en cada caso concreto.

En cuanto al objeto de cada acción, dentro de las que protegen el dominio, la acción reivindicatoria persigue una auténtica restitución al propietario no poseedor por parte de la persona que la posee sin justo título. Esta acción, de carácter constitutivo, se distingue de la acción declarativa, mediante la cual el propietario no busca la recuperación del bien objeto del litigio, sino la mera constatación de la propiedad que ostenta. Estas dos se contraponen a su vez a la acción de deslinde dirigida a solventar una situación cuando hay confusión con respecto a los límites de una finca, de modo que, lejos de pretender una restitución en una situación anterior o una declaración de una situación jurídica preexistente, estas acciones tienen como finalidad fijar los linderos de una finca cuando

¹⁸⁹ SAP Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 2012 (Sección 13ª), 23 de junio de 2016 [AC 2016\1365], 18 de mayo de 2017 (sección 13ª), 7 de junio de 2017 [ROJ SAP B 9397/2017] y 13 de marzo de 2018 [ROJ SAP B 2061/2018], de la AP de Sevilla de 3 de mayo de 2013 (Sección 6ª), de la AP de Cantabria (Sección 4ª) de 16 de febrero de 2016 y de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2012 [ROJ SAP TF 1716/2012]. La Sala Primera del TS, ante el problema jurídico suscitado, parece también inclinarse por el criterio amplio —*cf.* Sentencia de 11 de noviembre de 2010 (Rec 792/2007), que cita la de 6 de noviembre de 2008 (Rec 2653/2002) y la de 13 de octubre de 2010 (Rec 2244/2006)—.

exista duda sobre su extensión. Esta última acción es además independiente de la de amojonamiento que pretende establecer y colocar los signos físicos que constituyen los linderos de una finca.

Dentro de las acciones protectoras de la posesión los interdictos varían entre si y a su vez se distinguen radicalmente de la acción de desahucio por precario. De modo que, cada interdicto procederá en un supuesto de hecho distinto, esto es, cuando el heredero quiera adquirir la posesión del bien hereditario —*interdicto de adquirir*—; cuando el tenedor de la cosa se vea despojado de la posesión o perturbado por actos dirigidos al posterior despojo —*interdicto de recobrar y retener*—; cuando la perturbación de la posesión no sea plena, sino que consista en el inicio de una obra nueva —*interdicto de obra nueva*—; y cuando la perturbación de la posesión consista en el riesgo de que existan elementos ruinosos en las fincas colindantes —*interdicto de obra ruinosa*—. Los cuatro interdictos se contraponen a la acción de desahucio por precario que pretende la recuperación del bien cuando éste sea cedido en precario sin justo título ni voluntad negocial.

6. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN:

Código Civil

Ley Hipotecaria

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil (BOE de 5 de febrero de 1881)

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 de noviembre de 2003)

JURISPRUDENCIA:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª), 11 de enero, núm. 7/2008

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sala de lo Civil) núm. 539/2018 del 19 de julio (núm. Recurso 181/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sala de lo Civil) núm. 125/2018 del 19 de abril (núm. Recurso 556/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sala de lo Civil) núm. 385/2017 de 20 de octubre (núm. Recurso 197/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sala de lo Civil) núm. 380/2016 de 7 de noviembre de 2016, núm. de recurso 305/2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sala de lo Civil) de 5 enero de 2001 [TOL —marginal Tirant— 112.000]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil) 833/2018 de 26 de noviembre de 2018 —Cendoj: 08019370042018100793—

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil) 496/2017 de 30 de junio de 2017 —Cendoj: 08019370042017100448—

Sentencia de la Audiencia Provincial (Sala de lo Civil) de Cádiz de 26 de enero de 2016 —Cendoj: 11020370082016100012—

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), 28 de junio de 1993 [RJ 1993\4826]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 25 de junio núm. 616/1998, núm. de recurso 238/1994

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 15 de febrero núm. 111/2000, número de recurso 1458/1995

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 31 de octubre de 1983 [RJ 1983\5852]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), 14 de marzo de 1989 [RJ 1989\2046]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 2 de abril de 1979 [RJ 1979\1237]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 14 de mayo de 2010 [RJ 2010\3698]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera), 9 de marzo de 2015 [RJ 2015\979]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera), 16 de noviembre de 2005 [RJ 2005\7634]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 18 de abril de 1984 [RJ 1984\1953]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección primera), 12 de diciembre
núm. 947/2005, núm. de recurso 506/1999

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección primera), 29 de diciembre
núm. 1229/2004

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 11 de noviembre de 1988 [RJ 1988\8434]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 21 de marzo núm. 221/1996

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 5 de febrero de 1999 [RJ 1999\749]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 31 de julio de 2001 [RJ 2001\5185]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de junio de 2003 [RJ 2003\5650]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de julio de 2005 [RJ 2005\9238]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\239]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 21 de octubre, núm. 952/2008, núm de recurso 2780/2002

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 16 de febrero de 1934 [RJ 1934\257]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 15 de diciembre de 1945 [RJ 1945\1299]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 27 de septiembre de 1955 [RJ 1955\2504]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de diciembre de 2005 [RJ 2006\180]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de octubre de 2008 [RJ 2008\5587]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de octubre de 2008 [RJ 2008\6925]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 13 de noviembre de 2008 [RJ 2009\5]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 14 de noviembre de 2008[RJ 2009\393]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 13 de abril de 2009[RJ 2009\2895]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 30 de junio de 2009 [RJ 2009\4244]

OBRAS DOCTRINALES:

Albaladejo, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Edisofer S.L., Madrid, 2016

Bataller Ruiz E., *Código Civil Comentado. Artículo 1750*, Volumen IV, Thomson Reuters, 2016 (disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/title.html> última consulta 03/04/19)

Cubillo López, I.J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*, Wolter Kluwer, Madrid, 2016

Díez Picazo L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I*, Navarra, 2007

Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho civil, Volumen III, Tomo I*, Tecnos, Madrid, 2016

González Poveda, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, Bosch, Barcelona, 2002

Herrera de las Heras R. «El requisito de la identificación de la finca en el ejercicio de la acción reivindicatoria», *Revista de Derecho Uned*, núm. 20, 2017, pp. 161-167.

Hualde Sánchez J.J., *Código Civil Comentado. Volumen I, Comentario al art. 348 del Código Civil*, Editorial Civitas, SA, 2016 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Iceb2b5802aae11e1bc1201000000000&srguid=i0ad82d9b0000016b02e97404826b7aae&src=withinRes>)

uts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=; última consulta 29/05/2019)

Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales, Volumen primero, Posesión y propiedad*, Dyckinson, Madrid, 2000

Miquel González J.M., *Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia*, Anuario de Derecho Civil, Vol. 52, Nº 2, 1999

Pugliese G., *Actio e diritto subiettivo*, Milán, Giuffrè, 1939

Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.)

Robles Garzón, J.A., *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 2017

Santos Briz J., *Derecho civil*, Tomo IV, Revista de Derecho Privado, 1973

Sevilla Cáceres, F., “Interdicto de retener o de recobrar la posesión”, *Mundo jurídico* (disponible en <https://www.mundojuridico.info/interdicto-de-retener-o-de-recobrar-la-posesion/> última consulta 03/04/19)

Vázquez Barros, S., *Los Interdictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011