



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Tutela sumaria de la perturbación posesoria: análisis jurisprudencial

Ana Cuartero González

Directora

Regina Garcimartín Montero

Facultad de Derecho

2015

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

1.1. CUESTIÓN TRATADA.....	5
1.2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	5
1.3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	6

II. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RETENER

2.1. INQUIETACIÓN DE LA POSESIÓN Y ANTIJURIDICIDAD DEL ACTO PERTURBADOR.....	7
2.2. IDENTIFICACIÓN DE LA COSA OBJETO DE POSESIÓN.....	8
2.3. <i>ANIMUS SPOLIANDI</i>	9

III. LEGITIMACIÓN

3.1. ACTIVA.....	11
A) <i>Poseedor de hecho</i>	11
a) <i>Innecesariedad de título legítimo</i>	12
b) <i>Posesión mediata e inmediata</i>	12
B) <i>Acreditación de la posesión: la carga de la prueba</i>	13
C) <i>Amparo de las acciones posesorias entre coposeedores</i>	14
3.2. PASIVA.....	15
A) <i>Excepción de la falta de litisconsorcio pasivo</i>	16

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA RETENER

4.1. CAUCE PROCEDIMENTAL Y PLAZO DE INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA	18
--	-----------

4.2. LA RELACIÓN ENTRE LAS TUTELAS POSESORIAS

<i>A) Acumulación</i>	<i>19</i>
<i>a) Entre las acciones de retener y recobrar</i>	<i>19</i>
<i>b) En relación con la pretensión resarcitoria.....</i>	<i>21</i>
<i>B) La acción de suspensión de obra nueva</i>	<i>21</i>

4.3. EFECTOS DE LA SENTENCIA

<i>A) Mantenimiento o recuperación de la posesión de hecho</i>	<i>24</i>
<i>B) La cosa juzgada</i>	<i>24</i>

V. CONCLUSIONES	26
------------------------------	-----------

VI. BIBLIOGRAFÍA Y RELACIÓN JURISPRUDENCIAL	28
--	-----------

LISTADO DE ABREVIATURAS

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
SAP (SSAP)	Sentencia/s de la Audiencia Provincial
Secc.	Sección
CC	Código Civil
S/n	Sin número

I. INTRODUCCIÓN

1.1. CUESTIÓN TRATADA

El tema a tratar a lo largo del siguiente trabajo consta de un análisis jurisprudencial relativo a la tutela sumaria prevista en el artículo 250.1.4º de la LEC desde la perspectiva de la acción de retener. En él, he tratado de abordar de manera general los aspectos más importantes, según recoge la jurisprudencia, a tener en cuenta respecto a su regulación y tramitación, que van desde los presupuestos que deben darse para su ejercicio hasta la legitimación y su procedimiento.

1.2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

La razón por la que escogí este tema es el interés que me suscitaron las propias características y la especialidad de este procedimiento, tanto la defensa posesoria como su naturaleza cautelar y, por tanto, la carencia de efectos de cosa juzgada material. Es decir, no solo me llamó la atención que se tutele la posesión sino también que se haga de hecho, y se confiera esta protección al margen de cualquier título, dando una oportunidad procesal al poseedor de defender el derecho que venía ejerciendo sobre la cosa antes de pasar por un juicio posterior que determine definitivamente quién tiene mejor derecho para poseer.

Por otra parte, el motivo de la elección de la jurisprudencia para el desarrollo del trabajo es la dimensión sociológica que presenta, pues supone un análisis de la realidad más allá de la regulación legislativa. Es por ello por lo que, a través de este método, pueden apreciarse las soluciones aportadas a los conflictos que puedan surgir y los supuestos más problemáticos en los que no hay unanimidad jurisprudencial a la hora de proceder y las correspondientes corrientes que ello suscita a lo largo del tiempo. De otro lado, este análisis también nos desvela la incidencia que sigue presentando la anterior ley procesal en gran parte de las resoluciones jurisprudenciales respecto a la actual regulación.

1.3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

La metodología empleada para el desarrollo del trabajo es el análisis de jurisprudencia. Para ello, en primer lugar, consulté la bibliografía que preciso en la última página y que me sirvió para profundizar en el tema con el objetivo de tener referencias a la hora de realizar la búsqueda jurisprudencial y para realizar una primera división o esquema de los puntos a tratar.

En segundo lugar, llevé a cabo la búsqueda de sentencias en su mayoría a través de la base de datos *online* del Poder Judicial –CENDOJ– dando como resultado la consulta de alrededor de noventa sentencias –cuya relación adjunto tras la bibliografía– que proceden de las Audiencias Provinciales en su totalidad, pues es donde más se trata la cuestión.

El principal criterio de búsqueda utilizado fue por años –de 2015 a 2010–, ya que pretendía que las resoluciones fuesen lo más recientes posible, recurriendo a las más antiguas en caso de que a ellas remitieran las nuevas o no encontrara una determinada cuestión. Respecto a esto último, la mayoría de las sentencias hacen constantemente referencia a los requisitos para la obtención de la tutela por lo que son aspectos fácilmente accesibles, sin embargo, hay otros extremos como por ejemplo, la coposición y las excepciones por falta de litisconsorcio pasivo o por inadecuación del procedimiento que precisan una búsqueda más específica, es decir, de ese asunto dentro de la materia directamente.

Y, finalmente, llevé a cabo una puesta en relación entre la jurisprudencia que seleccioné para lo que previamente, realicé una división y clasificación de algunos de los fundamentos jurídicos de cada sentencia según el extremo que se venía a desarrollar en cada uno de ellos, con el fin de determinar los asuntos más tratados, los requisitos en los que se hace mayor hincapié y detectar los puntos conflictivos en los que surgen varias líneas jurisprudenciales.

II. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RETENER

La perturbación posesoria objeto de tutela sumaria presenta una serie de presupuestos para poder llevarla a cabo mediante el ejercicio de la acción de retener prevista en el artículo 250.1.4º de la LEC. En este punto, vamos a abordar esos requisitos desde la perspectiva del objeto y la intencionalidad perturbadora más allá de las exigencias propias relativas a cuestiones de legitimación procesal que serán analizadas más adelante.

2.1. INQUIETACIÓN DE LA POSESIÓN Y ANTIJURIDICIDAD DEL ACTO PERTURBADOR

La protección pretendida en dicho precepto tiene como punto de partida la inquietación de la posesión que ostenta el actor y, consta, según desarrolla la jurisprudencia menor, de todos aquellos ataques que, por vías de hecho y contrariando la voluntad del poseedor, supongan una injerencia en la esfera posesoria y dificulten o incomoden su ejercicio¹.

Sin embargo, la jurisprudencia identifica a menudo esta inquietación como un «concepto negativo y residual»², esto es, considera perturbación aquel acto que, cumpliendo las características anteriores, no sea constitutivo de despojo, de forma que el demandante no se vea privado de la cosa³ pero sí interrumpa la posesión pacífica que venía ejerciendo, excluyendo así, el procedimiento para recobrar.

Por tanto, la acción de retener abarca tanto invasiones actuales como el temor fundado a la efectiva realización de un despojo⁴ –ya que en muchas ocasiones estos actos pueden suponer una tentativa–, tal y como se desprende de la SAP de Salamanca

¹ SAP de A Coruña núm. 132 (secc. 5ª), de 18 de abril de 2013.

² SAP de Burgos núm. 271 (secc. 2ª), de 8 de junio de 2009.

³ SAP de Palma de Mallorca núm. 352 (secc. 3ª), de 28 de noviembre de 2014.

⁴ En este caso, la anteriormente citada sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos acepta las amenazas proferidas o *turbatio verbis* como forma de perturbación siempre que vayan acompañadas de algún acto o sean de índole tal, que puedan derivarse sospechas racionales de que su posesión se encuentre realmente inquietada.

núm. 44 (secc. 1ª), de 3 de marzo de 2014⁵, al admitir la tutela de la perturbación que pudiera producirse de manera inminente siempre que vaya precedida de actos que manifiesten tal intención.

Por otra parte, es necesario que su ejecución sea antijurídica pues, de lo contrario, no procedería esta protección sumaria en base al artículo 444 del CC según el cual, no afectan a la posesión «los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia»⁶, de tal forma que no cabría tacharlos de perturbadores si, a pesar de haber un cambio en el estado posesorio, responden a situaciones como la tolerancia de hecho⁷, la permisividad del dueño o poseedor⁸ o las actividades lícitas relativas a una autorización, el ejercicio de un deber o el mandato de una autoridad competente⁹.

2.2. IDENTIFICACIÓN DE LA COSA OBJETO DE POSESIÓN

La finalidad protectora reclamada bajo el ejercicio de la acción de retener requiere que el demandante acredite que se halla efectivamente en posesión de la cosa de la que afirma haber sido perturbado y, por ello, es requisito su identificación¹⁰.

Según viene especificando la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, el éxito de la acción requerirá que se delimite el ámbito material de forma «correcta, plena y exacta», de forma que no quepa ninguna duda sobre la extensión cuantitativa de lo poseído. Así pues, la acción no puede prosperar si la identificación no es determinante, basándose en conjeturas o apreciaciones subjetivas¹¹.

A este respecto, es frecuente que se desestime la pretensión cuando la cosa objeto de perturbación son terrenos en los que no se acredite la plena identificación de la zona discutida o se considere no probada su auténtica posesión. En estos casos, y como

⁵ Que se apoya en la SSAP de Murcia núm. 89 (secc. 4ª), de 24 de febrero de 2003 y de Zamora núm. 105 (secc. 1ª), de 19 de junio de 2008.

⁶ SAP de Pontevedra núm. 76 (secc. 1ª), de 10 de febrero de 2010.

⁷ SAP de Burgos núm. 287 (secc. 2ª), de 6 de noviembre de 2013.

⁸ SAP de A Coruña núm. 114 (secc. 6ª), de 3 de marzo de 2011.

⁹ SAP de A Coruña núm. 375 (secc. 5ª), de 12 de diciembre de 2013.

¹⁰ SAP de Ourense núm. 462 (secc. 1ª), de 19 de noviembre de 2014.

¹¹ SSAP de Pontevedra núm. 76 (secc. 1ª), de 10 de febrero de 2010, núm. 496 (secc. 6ª), de 23 de octubre de 2009 y núm. 381 (secc. 1ª), de 8 de julio de 2010.

ocurre en la SAP de Murcia núm. 107 (secc. 5ª), de 10 de junio de 2014, la indeterminación de los linderos provoca que no se identifique suficientemente el área sobre la que el demandante afirma tener la posesión de hecho, cuya solución conlleva que las partes acudan a un procedimiento de deslinde. Por ello, y dado que no es la finalidad de este tipo de procedimientos entrar a conocer las cuestiones atinentes a extensiones terrenales, puesto que exceden del marco procesal previsto para esta acción, estas situaciones obligan a remitir a un proceso declarativo estas discusiones, evitando así, que se prejuzgue sobre derechos definitivos¹².

2.3. ANIMUS SPOLIANDI

El ánimo de expoliar es entendido por la jurisprudencia como la actuación culposa o dolosa por parte del sujeto causante de la perturbación posesoria en cuanto la realiza de forma intencional y arbitraria¹³, sin un título que le autorice. De esta forma, no concurriría en caso de que el demandado actuara con la conciencia de obrar conforme a derecho¹⁴.

Este es el elemento más controvertido de los presupuestos, pues la posición de la doctrina no es unánime a la hora de dilucidar si es necesaria su exigencia para que proceda la tutela que venimos desarrollando.

De un lado, existe una tendencia por la que viene exigiéndose que los hechos materiales dirigidos a dificultar el disfrute de la cosa, estén presididos por un ánimo de expoliar como un elemento constitutivo de la acción¹⁵, es decir, el elemento subjetivo de la intención culpable¹⁶. Tanto es así, que su falta de concurrencia daría lugar a la desestimación de la sentencia, como es el caso de las SSAP de Ourense núm. 462 (secc. 1ª) o de Pontevedra núm. 348 (secc. 3ª) –ambas de 19 de noviembre de 2014–.

¹² SAP de Cuenca núm. 304 (secc. 1ª), de 26 de diciembre de 2013 y SAP de Pontevedra núm. 500 (secc. 3ª), de 20 de diciembre de 2011.

¹³ SAP de Cuenca núm. 188 (secc. 1ª), de 17 de junio de 2013, en relación con la SAP de Ciudad Real 324 (Sección 1ª), de 14 de diciembre 2004.

¹⁴ SAP de Cuenca núm. 188 (secc. 1ª), de 17 de junio de 2013, en relación con la SAP de Cáceres 78 (secc. 1ª), de 8 de marzo de 2004.

¹⁵ SAP de Toledo núm. 31 (secc. 1ª), de 30 de enero de 2013.

¹⁶ SAP de Zaragoza núm. 291 (secc. 5ª), de 6 de octubre de 2014.

No obstante, cada vez son más las resoluciones que prescinden de este requisito, pues entienden que su fundamento se encontraba en el artículo 1.651 de la antigua LEC de 1881 y lo excluyen en base a que no se contempla en la Ley actual¹⁷.

En este sentido, y para este sector de la jurisprudencia, el ánimo de expoliar se interpreta desde el punto de vista objetivo, de forma que basta la efectiva realización de un acto que perturbe la posesión pacífica del actor para obtener la tutela solicitada¹⁸ o, como señala el fundamento jurídico segundo de la SAP de A Coruña núm. 375 (secc. 5ª) de 12 de diciembre de 2013, se trataría de la voluntad y conocimiento de su realización sin que deba apreciarse necesariamente mala fe por parte del demandado.

¹⁷ SAP de Palma de Mallorca núm. 50 (secc. 3ª), de 23 de febrero de 2015, reiterándose la misma sala en la núm. 352, de 28 de noviembre de 2014 y núm. 341, de 24 de noviembre del mismo año. Algo similar deja entrever la SAP de Alicante núm. 141 (secc. 6ª), de 3 de junio de 2014, al citar otras sentencias donde se enumeran los presupuestos necesarios para la prosperabilidad de la acción, de las cuales, solo una menciona expresamente el *ánimus spoliandi*.

¹⁸ SAP de Cuenca núm. 254 (secc. 1ª), de 30 de octubre de 2013; SAP de Ourense núm. 353 (secc. 7ª), de 13 de septiembre del mismo año; SSAP de Pontevedra núm. 76 (secc. 1ª), de 10 de febrero de 2010 y núm. 496 (secc. 6ª), de 23 de octubre de 2009.

III. LEGITIMACIÓN

3.1. ACTIVA

Llegados a este punto, cabe destacar la amplitud que presenta la legitimación activa en la tutela posesoria por cuanto se apoya en una necesidad social de orden público protegiendo toda posesión fáctica de un bien, tangible y exteriorizada¹⁹, de forma que previene las alteraciones que pudiera sufrir la totalidad de los poseedores de hecho que tuviesen esta necesidad de protección, por lo que pueden acudir a esta vía tanto comodatarios, como anticresistas, arrendatarios y usufructuarios, entre otros.²⁰

A) Poseedor de hecho

La circunstancia más significativa para la obtención de esta tutela es la posesión de hecho, dado que es un elemento constitutivo de la acción de retener por la que se ampara tanto bienes como de derechos, según establece el artículo 446 del CC. Respecto a esto, se han suscitado algunas dudas entre la jurisprudencia menor –sobre todo en cuanto a los derechos– sobre si deben tutelarse todos ellos sin excepción.

Por tanto, y como consecuencia, se ha llegado a un criterio general mediante el cual, conviene atender a cada caso concreto para determinar si el objeto o derecho litigioso debe ser susceptible de posesión o apropiación, pues es indispensable para que se cumpla el requisito por el que el demandante haya ostentado la tenencia de manera tangible y efectiva y, de lo contrario, no puede alegarse un ataque ilegítimo²¹.

¹⁹ SAP de Palma de Mallorca núm. 50 (secc. 3ª), de 23 de febrero de 2015.

²⁰ SAP de Alicante núm. 118 (secc. 6ª), de 19 de febrero de 2004.

²¹ SAP de Pontevedra núm. 356 (secc. 4ª), de 24 de junio de 2010 en relación con la SAP de Málaga núm. 844 (secc. 5ª), de 5 de julio de 2004, por la que se rechaza la protección sumaria de un camino al tratarse de dominio público y no ser susceptible, por tanto, de posesión particular. Pero, sin embargo, se estima la tutela del derecho a continuar con su utilización para acceder al fundo, pues este sí es susceptible de apropiación.

a) Innecesariedad de título legítimo

Como venimos desarrollando, este requisito aducido por el artículo 250.1.4º de la LEC, se limita al hecho posesorio que comprende la simple tenencia²², con independencia del título que ostenten las partes²³, pues la posesión en este caso es protegible de manera autónoma²⁴. Esto es, prescindiendo del definitivo o mejor derecho a poseer entre ellas²⁵ y excluyendo cualquier cuestión distinta a la mera tenencia como pudiera ser la propiedad²⁶ e incluso «la calificación del título aducido»²⁷ por el demandante.

Es por ello que todo asunto que exceda de estos límites posesorios como el *ius possidendi* que forma parte de ciertos derechos reales, deberá ventilarse en el posterior juicio plenario correspondiente, donde sí podrán plantearse y resolverse definitivamente aquellos extremos que no pudieron ser aducidos en el proceso sumario cuya posesión se trató²⁸. En definitiva, el objeto de la acción no es otro que el *ius possessionis* –la posesión como poder de hecho–, sin importar, por medio de esta vía, que el poseedor tenga el derecho a seguir siéndolo –*ius possidendi*–.

b) Posesión mediata e inmediata

El Código Civil en virtud de su artículo 432 reconoce la concurrencia de posesiones sobre el mismo objeto por medio de una relación jurídica, esto es, la ejercida directamente sobre la cosa y, por tanto, efectiva –inmediata o subposesión– y aquella que se ostenta a través de la posesión de otro –mediata o superior–. Es decir, existen dos posesiones: una en concepto de tenedor del bien por cuanto se le confiere el derecho a disfrutarlo y conservarlo, y otra de dueño, pues este no pierde la posesión implícita en su derecho de propiedad según establece el 431 del CC cuando afirma que la posesión se ejerce «por la misma persona que los tiene y los disfruta o por otra en su nombre»²⁹.

²² SAP de Huesca núm. 151 (secc. 1ª), de 29 de julio de 2013.

²³ SAP de Palma de Mallorca núm. 305 (secc. 5ª), de 26 de noviembre de 2014.

²⁴ SAP de Pontevedra núm. 76 (secc. 1ª), de 10 de febrero de 2010.

²⁵ SAP de A Coruña núm. 349 (secc. 5ª), de 23 de octubre de 2014.

²⁶ SAP de A Coruña núm. 438 (secc. 4ª), de 23 de diciembre de 2013.

²⁷ SAP de A Coruña núm. 366 (secc. 4ª), de 23 de octubre de 2013.

²⁸ SAP de Pontevedra núm. 738 (secc. 6ª), de 26 de diciembre de 2014.

²⁹ SAP de Salamanca núm. 208 (secc. 1ª), de 26 de abril de 2012.

Es por ello que la jurisprudencia es unánime al determinar que ambos –tanto poseedor mediato como inmediato– están legitimados activamente, siendo indiferente que la posesión se repute natural o civil, ya sea de buena o mala fe e independientemente de su categoría –en nombre propio o ajeno–, dado que el artículo 446 del CC reconoce el derecho de ser amparado y respetado en su posesión a «todo poseedor» sin excepción³⁰.

Por lo tanto, y al hilo de lo anterior, ello no será un obstáculo para acudir a la vía sumaria, por ejemplo, por parte de arrendador y arrendatario entre sí o de estos frente a terceros, pues se verá protegido por esta tutela posesoria todo sujeto que se encuentre, sobre la cosa o derecho, en una situación exteriorizada y, por tanto, aparente de «señorío de hecho o poder efectivo» sobre el bien³¹.

B) Acreditación de la posesión: la carga de la prueba

La importancia de la acreditación de la verdadera posesión de hecho para la obtención de la protección pretendida a través de la acción de retener, se ve implícita dentro del requisito, según el cual, el demandante debe encontrarse en situación que presuponga la detentación y disfrute del objeto litigioso.

A este respecto, la jurisprudencia menor viene exigiendo las notas de actualidad y efectividad³² en la realidad fáctica y su extensión, extremos que, junto a la prueba de la perturbación, corresponde acreditar al actor³³. Esto es así por práctica unanimidad jurisprudencial³⁴ a tenor del artículo 217 de la LEC por el que se le atribuye la carga de la prueba, de modo que la acción ejercitada por él depende del cumplimiento de este principio.

Por otro lado, de las características requeridas y mencionadas se desprende la necesidad de que también el hecho posesorio sea de carácter continuado y estable, por

³⁰ SAP de Madrid núm. 451 (secc. 9ª), de 13 de octubre de 2009.

³¹ SAP de Toledo núm. 26 (secc. 2ª), de 29 de enero de 2013.

³² SAP de Ourense núm. 462 (secc. 1ª), de 19 de noviembre de 2014, por la que se desestima la pretensión de la parte actora quien no consiguió acreditar la tenencia del terreno litigioso en cuestión que se encontraba abandonado y en estado de ruina, frente al demandado quien verdaderamente realizaba los actos posesorios.

³³ SSAP de Pontevedra núm. 76 (secc. 1ª), de 10 de febrero de 2010 y núm. 381, de 10 de julio de la misma sala y año.

³⁴ SAP de Segovia núm. 137 (secc. 1ª), de 8 de octubre de 2013.

lo que no serían suficientes las utilizaciones o detenciones esporádicas³⁵, pues no confieren legitimidad activa a la hora de promover esta acción.

En definitiva, si no se acredita o si una vez desplegada y analizada la actividad probatoria aportada por el demandante, no se considera suficientemente acreditado este extremo, no puede estimarse la sentencia si bien no puede asegurarse que exista una inquietación merecedora de este amparo³⁶ y, por tanto, el actor carece de legitimación activa.

C) Amparo de las acciones posesorias entre coposeedores

Retomando la notable amplitud de situaciones de hecho que abarca la legitimación activa, vamos a centrarnos en especial en el caso de la coposesión. Pues bien, en esta circunstancia, la admisibilidad del ejercicio de las acciones posesorias ha sido objeto de dos líneas jurisprudenciales a lo largo del tiempo: la antigua³⁷ que se posicionaba contraria, y la nueva³⁸, favorable a esta defensa intraposesoria.

En un principio, se consideraba que estos casos debían ventilarse en el procedimiento declarativo correspondiente pues la protección solo podía perseguirse si la posesión fuera «actual, exclusiva y excluyente», esto es, en virtud del artículo 445 del CC ya que, dejando a un lado los «casos de indivisión» de la cosa, no podían reconocerse dos personalidades distintas. Ello responde a varias razones, por un lado, es debido a la situación de igualdad en la que se encontraban demandante y demandado, lo que podría suponer la negación de su derecho a los demás coposeedores y, además, un difícil deslinde de los actos de inquietación y los propios de todo poseedor conforme a su derecho de disfrute; y, por otro lado, en base a esta situación de igualdad, todos gozarían de una posesión actual por lo que, respecto de este requisito recogido en el citado artículo, todos serían merecedores de la tutela posesoria.

Sin embargo, la evolución de la doctrina muestra una tendencia favorable a la admisión de la acción sumaria entre coposeedores al considerar que el artículo 446 del

³⁵ SSAP de Pontevedra núm. 438 (secc. 4ª), de 17 de diciembre de 2013 y de A Coruña núm. 114 (secc. 6ª), de 3 de marzo de 2011.

³⁶ Como ocurre en la SAP de A Coruña núm. 132 (secc. 5ª), de 18 de abril de 2013.

³⁷ Mencionada por la SAP de Málaga núm. 61 (secc. 4ª) de 13 de febrero de 2014.

³⁸ SSAP de Salamanca núm. 44 (secc. 1ª) de 3 de marzo de 2014 y de Alicante núm. 598 (secc. 6ª), de 11 de octubre de 2002.

CC, cuando establece que «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión» y, por tanto, «amparado o restituido» en ella, no está distinguiendo entre poseedores plurales o individuales. Además, alude a que no es necesario que la posesión sea exclusiva si cualquiera de los coposeedores se encuentra legitimado para el ejercicio de la acción frente a un tercero «en provecho común»³⁹ que evite la lesión del derecho que este pretende. Y ello porque, se dice, la no admisibilidad en estos casos podría conducir a una situación injusta si se exige una posesión exclusiva y excluyente, pues estas condiciones podrían ser reunidas por el coposeedor perturbador o despojante transcurrido un año –según el apartado primero del artículo 460 del CC– y consolidar su derecho frente al perturbado o despojado que no pudo defender su derecho.

No obstante, pese a la denominación genérica utilizada por esta línea jurisprudencial por la que se incluye en estos casos tanto la posibilidad de retener como de recobrar, las sentencias en las que apoyan su argumento⁴⁰ solo aceptan las circunstancias por las que «la perturbación o el despojo sean de tal naturaleza e intensidad que prive y excluya de la posesión en común al promotor» de la acción, es decir, parece referirse únicamente en los casos de despojo. Por lo que cabe concluir que su objetivo se encaminaría a la reposición en el disfrute cuando ha existido una privación real y efectiva a través de la acción de recobrar, y no tanto a actos perturbadores que pudiesen dar lugar a disputas sobre la forma y medida del uso que cada partícipe hiciera sobre la cosa, ya que no es la finalidad de este procedimiento.

3.2. PASIVA

La SAP de Almería núm. 145 (secc. 3ª), de 20 de junio de 2012⁴¹, distingue entre autor material, que es quien realiza el acto lesivo; autor mediato o inductor, refiriéndose a quien ordena su realización en cuanto a su interés propio; y, el autor instrumental que, siguiendo las instrucciones del autor mediato o inductor, ejecuta al acción tendente a la perturbación posesoria. En este sentido, señala que se encuentra legitimado pasivamente cualquier sujeto que haya realizado los actos perturbadores, pero también aquel que

³⁹ SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 96 (secc. 1ª), de 27 de febrero de 2012.

⁴⁰ Véanse SSAP de Ourense núm. 49 (secc. 1ª), de 29 de enero de 2000; de Valencia núm. 44 (secc. 2ª), de 21 de marzo de 2000; y de Barcelona s/n (secc. 16ª), de 8 de enero de 1998.

⁴¹ En relación con las SSAP de Murcia núm. 230 (secc. 5ª) de 17 de septiembre de 2004 y de Soria núm. 135 (secc. 1ª), de 24 de junio de 2002.

haya ordenado su realización a un tercero –que no tiene por qué coincidir con la persona titular de la cosa–, por lo que parece excluir al autor instrumental de esta legitimación estando por ello, únicamente legitimados los autores material o mediato.

Por otro lado, la SAP de A Coruña núm. 375 (secc. 5ª), de 12 de diciembre de 2013⁴², establece que lo que se puede considerar determinante no es tanto el autor que lleva a cabo estos actos, como los beneficiados por su realización a lo que denomina «autoría moral» por lo que, quien realmente se encuentra legitimado, es quien obtiene las consecuencias favorables a la inquietación.

A) Excepción de la falta de litisconsorcio pasivo

En cuanto a la excepción, si bien es cierto que carece de aplicación en la práctica ya que con carácter general son rechazadas estas alegaciones, no cabe excluirla, puesto que será necesaria cuando el resultado de la sentencia deba afectar a más personas que los originariamente demandados.

Por tanto, al hilo de lo expuesto *supra* y en relación con la citada sentencia de Almería, podríamos concluir que, respecto a la legitimación pasiva necesaria, no puede quedar fuera de ella tanto los ejecutores⁴³ como cualquier persona que, en el momento de interponer la demanda, se beneficiara de la interrupción de la posesión pacífica⁴⁴, pues son quienes deben devolver la posesión al estado en que se encontraba previamente a los actos atentatorios. De ello se desprende, que, de no ser llamados al litigio todos los responsables, la resolución resultante tras este proceso no podría ejecutarse, pues solo podría hacerse efectiva frente a todos ellos.

Sin embargo, la SAP de Almería núm. 134 (secc. 1ª), de 23 de mayo de 2013, precisa que basta con demandar a «aquel que se presenta como autor inmediato», es decir, quien ha llevado a cabo la modificación del estado previo de las cosas⁴⁵, ya que no puede obligarse a la parte actora a indagar quién es el beneficiario último del acto perturbador que sufre en su posesión. A este respecto, también indica los «efectos

⁴² En relación con la SAP de Granada núm. 522 (secc. 4ª), de 23 de julio de 2002.

⁴³ SAP de Valencia núm.198 (secc. 6ª), de 12 de abril de 2013.

⁴⁴ SAP de Jaén núm. 238 (secc. 2ª), de 5 de octubre de 2012.

⁴⁵ SSAP de Madrid núm. 371 (secc. 13ª), de 2 de julio de 2007 y de Valladolid núm. 105 (secc. 3ª), de 22 de marzo del mismo año.

reflejos mediatos o indirectos» que la sentencia desplegaría frente aquellos que tuviesen un interés en el resultado del litigio, dado que el litisconsorcio pasivo necesario no abarca a estas personas.

Por otra parte, también cabe destacar el carácter provisional de esta acción que presupone que a la parte demandada le sean imputables los actos de inquietación de manera que, no es necesario traer al proceso al titular de los bienes si nada tiene que ver con el acto perturbador y, por tanto, no es el causante⁴⁶, dado que el verdaderamente legitimado es quien lleva a cabo su realización, como establece la SAP de A Coruña núm. 376 (secc. 4ª), de 27 de noviembre de 2014. Por tanto, de todo ello se desprende que la legitimación pasiva no se basa tanto en la posible o real titularidad de la cosa como en la relación de causalidad que existe entre los hechos perturbadores y sus autores.

⁴⁶ En este sentido, encontramos la SAP de León núm. 106 (secc. 1ª), de 21 de marzo de 2011, en la que el autor material coincide con el titular del bien, por lo que se rechaza la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario mediante el que se alega que el actor no demanda al copropietario que, en este caso, se encuentra ajeno a la inquietación.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA RETENER

4.1. CAUCE PROCEDIMENTAL Y PLAZO DE INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

El artículo 250.1.4º de la LEC es claro al regular que las acción de retener, así como las de recobrar, se ventilan por los trámites del juicio verbal por razón de materia, cuyo fundamento se encuentra en la agilidad de este procedimiento respecto del ordinario y el carácter urgente de esta vía, lo que no despierta controversia ente la jurisprudencia⁴⁷. A este respecto, cabe señalar que tiene lugar la excepción procesal por inadecuación del procedimiento en los casos en que se acuda, por error, a una vía procesal diferente de la establecida por la Ley, aunque en la mayoría de los casos se alega en situaciones en que se lleva a cabo un desacertado uso de las acciones posesorias⁴⁸.

En lo que respecta al plazo de interposición, es exigido como un requisito de prosperabilidad de la demanda junto a la posesión de hecho del demandante y la inquietación por parte del demandado. El plazo, según señala el apartado primero del artículo 439 de la LEC, es de un año y su cómputo comienza una vez que se produce el acto de perturbación, por tanto, transcurrido este, se extingue el derecho y no cabe el ejercicio de las acciones que pretendan esta tutela⁴⁹, de ahí la necesidad de señalar de manera precisa por parte del perjudicado cuándo fue consumado el acto perturbador o el comienzo de los mismos –si atendemos al tenor literal del precepto–, pues de lo contrario la demanda sería inadmitida⁵⁰. Esta consideración es la que suele seguirse ante actos de inquietación sucesiva o simultánea pero, no obstante, no es una cuestión pacífica pues otras Audiencias Provinciales consideran que es el demandante quien puede elegir entre uno de estos actos para fijar el comienzo del cómputo del plazo.

⁴⁷ Como se menciona, sin entrar a más cuestiones, en las SSAP de León núm. 181 (secc. 2ª), de 30 de abril de 2012; de Cuenca núm. 283 (secc. 1ª), de 30 de diciembre de 2005; o de Santa Cruz de Tenerife núm. 272 (secc. 4º), de 26 de junio de 2012.

⁴⁸ Como ocurre en la SAP de Toledo núm. 309 (secc. 2), de 4 de noviembre de 2014. A este respecto, otro ejemplo es la SAP de Cuenca núm. 148 (secc. 1ª), de 9 de diciembre del mismo año, que acoge el supuesto en que la parte recurrente, tras el ejercicio de la acción de retener, interpone dicha excepción de inadecuación del procedimiento, puesto que entiende que debería trasladarse la cuestión a un proceso declarativo ordinario, ya que lo que ella pretende con el proceso es fijar la servidumbre de paso objeto de litigio. Excepción que no procede, pues no es objeto de esta acción tal extremo reclamado y por tanto, debe llevarse a cabo mediante el cauce del juicio verbal.

⁴⁹ SAP de Álava núm. 311 (secc. 1ª), de 5 de diciembre de 2014.

⁵⁰ SAP de Palma de Mallorca núm. 50 (secc. 3ª), de 23 de febrero.

Este plazo encuentra su fundamento si lo ponemos en relación con el apartado cuarto del artículo 460 del CC, según el cual, si el objeto litigioso estuviese en posesión de un tercero durante más de un año, el poseedor originario puede perderla. Es por ello que, en base a esta extinción, opera de manera automática y no es posible su interrupción ni suspensión, por lo que se trata de un plazo de caducidad que debe ser apreciado de oficio⁵¹. En definitiva, y por lo anteriormente expuesto, una vez transcurrido el año, a pesar de no poder promover la vía sumaria, puede acudir directamente al proceso declarativo correspondiente, ya que, de lo contrario, se negaría a todo perjudicado la posibilidad de tutelar su derecho posesorio⁵².

4.2. LA RELACIÓN ENTRE LAS TUTELAS POSESORIAS

El objetivo de este epígrafe es determinar la relación y límites entre las acciones posesorias, así como, entre la acción de retener que nos ocupa y la resarcitoria, a fin de determinar bajo qué circunstancias procede la interposición de cada una, dado que la proximidad de sus pretensiones da lugar a tutelas similares.

A) Acumulación

La posibilidad de acumular las acciones posesorias entre sí o con otras de distinta naturaleza, es un problema que se ha planteado entre la jurisprudencia menor, dado que existen sentencias contradictorias, aunque parece existir un cierto consenso al respecto en supuestos de difícil determinación, que desarrollamos a continuación.

a) Entre las acciones de retener y recobrar

Las acciones posesorias de retener y recobrar, a pesar de regularse mediante un cauce procesal único, son dos acciones diferentes en cuanto a presupuestos, pretensiones y, por tanto, a consecuencias o efectos que producen una vez estimadas. Mientras la primera de ellas presupone la inquietación sin privación del objeto litigioso

⁵¹ SAP de A Coruña núm. 375 (secc. 5ª), de 12 de diciembre de 2013.

⁵² SAP de Valencia núm. 104 (secc. 11ª), de 29 de abril de 2011.

y tiene como objetivo el restablecimiento de la situación hecho perturbada, la segunda requiere despojo para concluir con la reposición y conservación de la posesión.

Es por este motivo que la jurisprudencia menor alude a la incompatibilidad de estas acciones y la imposibilidad de acumularlas de manera simultánea en relación con lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del artículo 71 de la LEC, dada la contradicción de sus pretensiones⁵³ puesto que, como hemos indicado, son dos situaciones diferentes en las que o se posee con perturbación o ya no se posee.

Por otro lado, entiende que la carga procesal de decidir por la interposición de la demanda de retener o recobrar, según estime procedente, pesa sobre el actor. Si bien es cierto, y partiendo de la SAP de A Coruña núm. 156 (secc. 5ª), de 7 de abril de 2011, se ha venido admitiendo que, en los supuestos donde sobre unos mismos hechos pueda haber una confusión sobre cómo calificar el ataque posesorio –si de perturbación o despojo– y, por tanto, sobre cuál de ellas ejercitar, tal circunstancia se solucione mediante acumulación subsidiaria o eventual de las mismas, atendiendo al apartado cuarto del artículo 17 de la LEC⁵⁴, lo que responde a la finalidad proteccionista del hecho posesorio que ambas acciones comparten.

Según la naturaleza de este tipo de acumulaciones, deberá expresarse la acción que se considere principal que, con carácter general, suele ser la acción de recobrar en cuanto a «su mayor ámbito protector», a diferencia de la concepción residual de la acción de retener. Por tanto, la tarea del tribunal consiste en la elección, una vez se haya examinado el material probatorio, de la acción que, a su juicio, considere más apropiada atendiendo a la gravedad de la lesión posesoria⁵⁵ en virtud del principio de justicia rogada previsto en el artículo 216 de la LEC.

A este respecto, cabe destacar la SAP de Pontevedra núm. 389 (secc. 3ª), de 18 de diciembre de 2014, relativa a la mención de ambos tipos de tutela en la súplica, lo que podría inducir a error en cuanto al ejercicio de una acción doble. En la citada sentencia, el tribunal señala que puede desprenderse la irrelevancia de la calificación si los hechos y la solicitud se consideran claros en el escrito de demanda, de manera que pueda deducirse la pretensión de su contenido.

⁵³ SAP de A Coruña núm. 264 (secc. 5ª), de 9 de mayo de 2007.

⁵⁴ SAP de Oviedo núm. 182 (secc. 5ª), de 4 de mayo de 2011.

⁵⁵ SAP de Pontevedra núm. 738 (secc. 6ª), de 26 de diciembre de 2014.

b) En relación con la pretensión resarcitoria

La acumulación de la acción indemnizatoria al caso que nos ocupa –la acción de retener–, ha supuesto una doble vía en el proceder de las Audiencias Provinciales.

Por un lado, encontramos las que admiten esta acumulación cuando la petición resarcitoria no exceda de la cantidad propia de un juicio verbal y, por lo tanto, deba ventilarse por este procedimiento⁵⁶. En este sentido, la SAP de Valladolid núm. 163 (secc. 3ª), de 25 de septiembre de 2008, adopta también esta posición en base a dos preceptos. En primer lugar, hace referencia al artículo 438.3.2º de la LEC por cuanto permite que esta acción resarcitoria de daños y perjuicios sea acumulada «a otra acción que sea prejudicial a ella». Y, en segundo lugar, menciona el artículo 73.1.2º de la LEC entendiendo que no existe, en este caso, la imposibilidad de acumulación de acciones en cuanto a aquellas que deben ventilarse en juicios distintos por razón de materia, pues por juicios distintos interpreta procedimientos diferentes –ordinario y verbal y no por materia y cuantía–; así como, porque no se encuentra en los casos prohibidos de acumulación de procedimientos por razón de cuantía y materia recogidos en el artículo 73.1.3º de la LEC.

Pero, por otro lado, la perspectiva negativa de este asunto⁵⁷ alega que, a pesar de que la anterior LEC de 1881 permitiera esta acumulación en su artículo 1.658, no es una posibilidad que se recoja actualmente, por lo que interpreta que no procede su acumulación porque así lo impide la naturaleza y especialidades de estos procedimientos posesorios, no pudiendo equipararse a un juicio verbal común y debiendo, esta acción indemnizatoria, plantearse en un procedimiento aparte.

B) La acción de suspensión de obra nueva

La acción de suspensión de obra nueva prevista en el artículo 250.1.5º de la LEC y las del apartado cuarto, se diferencian en que se tratan de procedimientos de distinta naturaleza, a pesar de que el cauce de ambas sea el juicio verbal y carezcan de efecto de cosa juzgada material dado su carácter cautelar, pues la acción de obra nueva tiene

⁵⁶ SSAP de A Coruña núm. 151 (secc. 1ª), de 10 de abril de 2003 y de Valladolid núm. 1238 (secc. 1ª), de 26 de octubre de 2005.

⁵⁷ SAP de Zamora núm. 65 (secc. 1ª), de 15 de abril de 2013 en relación con la SAP de Madrid núm. 766 (secc. 12ª) de 30 de noviembre de 2010.

como finalidad la suspensión de una obra en ejecución y las que tutelan sumariamente la posesión, pretenden el mantenimiento o recuperación de esta.

La jurisprudencia menor define la obra nueva desde una perspectiva muy amplia abarcando toda construcción material que, por su estado inmobiliario actual, haya supuesto una alteración de la realidad anterior, y se efectúen «sobre cimentaciones, campos o edificaciones antiguas»⁵⁸. Esta distinción es la que impide al demandante elegir libremente la vía por la que tutelar su posesión si el acto que le inquiete o prive de la misma se haya realizado mediante obra⁵⁹.

A este respecto, la acumulación entre las acciones del apartado cuarto y quinto es cuestionada por la SAP de León núm. 64 (secc. 1ª), de 22 de febrero de 2010, por varias razones. En primer lugar, dada su incompatibilidad en cuanto a la contradicción de sus pretensiones, basada en el apartado 2 del artículo 71, tal y como ocurría entre las acciones de retener y recobrar. En segundo lugar, porque la acción de obra nueva posee una especialidad que las del apartado cuarto no poseen, esto es, a tenor del apartado segundo del artículo 441 de la LEC, que una vez presentada la demanda, el juzgado da orden inmediata de suspensión de la obra que se está ejecutando. Y, en tercer lugar, los efectos que producen tras su éxito tampoco son los mismos ya que, como hemos señalado al comienzo de este epígrafe, mientras las acciones posesorias implican una obligación de hacer por la parte demandada con el objetivo de reponer al legitimado activamente del uso y disfrute del objeto litigioso, la de obra nueva entraña una obligación de no hacer en cuanto esta suspende y no puede continuar con su ejecución por lo que, su demolición solo podría obtenerse acudiendo a un proceso ordinario posterior.

Por lo tanto, no procede la acumulación de dichas acciones en el mismo proceso y, si ello ocurriera, se consideraría «un defecto legal en el modo de proponer la demanda» y no conllevaría su inadmisión, sino que se concedería al demandante la oportunidad de subsanar este defecto a fin de determinar cuál es la acción que realmente se pretende ejercitar, como sostiene la SAP de Castellón núm. 232 (secc. 3ª), de 30 de junio de 2014⁶⁰.

⁵⁸ SAP de Gijón núm. 107 (secc. 7ª), de 19 febrero de 2004.

⁵⁹ SAP de Oviedo núm. 294 (secc. 5ª), de 10 de diciembre de 2014.

⁶⁰ Sentencia que acoge el supuesto en el que, mediante el escrito de demanda, la parte actora solicita la paralización de la obra y la «restitución a su estado anterior», extremo que podría dar lugar a confusión

En definitiva, se debe acudir forzosamente a la acción de obra nueva cuando nos encontramos ante supuestos de obra en ejecución pero no procede en todos los casos en los que los actos perturbadores se lleven a cabo mediante una edificación.

Por un lado, como establece la SAP de Burgos núm. 303 (secc. 3ª), 22 de diciembre de 2014, solo procederá la acción de obra nueva si la obra en construcción sea de cierta relevancia en cuanto a su importancia o envergadura y se haya llevado a cabo durante cierto tiempo, de forma que el demandante inquietado en su posesión no se haya visto sorprendido y tuviese tiempo para prácticamente impedirlo. O, dicho de otro modo, no procede esta acción y, por tanto, la vía para la protección de lo poseído es la acción de retener cuando, la obra tenga escasa relevancia y se realice de una manera tan rápida, que se haya hecho dificultoso el conocimiento previo por parte del actor de forma que no le diese tiempo a impedir que se realizara.

Y, por otro lado, no cabría el ejercicio de la acción de obra nueva una vez que la edificación está terminada pues es incompatible con su efecto paralizador⁶¹ pero tampoco sería correcto ejercitar la vía posesoria por lo que solo podría acudir a un proceso declarativo posterior, y ello en cuanto a la exigencia de buena fe que recoge el artículo 7 del CC. Esto se basa en que, de lo contrario, el sujeto perturbado en su posesión podría lograr a través de un juicio sumario posesorio, lo que la ley prevé en dos procedimientos –de obra nueva y el plenario posterior–⁶². Es decir, le sería suficiente aguardar a la completa ejecución de la obra para, con el ejercicio de las acciones posesorias, conseguir lo que solo podría obtener mediante ese juicio declarativo: la demolición de lo construido.

en cuanto a una posible acumulación de acciones. Sin embargo, es interpretado por el tribunal como el ejercicio de la acción principal de obra nueva y la no petición de condena a la restitución a un estado anterior de la obra en ejecución, sino como una solicitud de ratificación de las diligencias para asegurar el cumplimiento y, por tanto, la suspensión.

⁶¹ SAP de Cuenca núm. 131 (secc. 1ª), de 25 de junio de 2013.

⁶² SAP de Gijón núm. 292 (secc. 7ª), de 28 de junio de 2013.

4.3. EFECTOS DE LA SENTENCIA

A) Mantenimiento o recuperación de la posesión de hecho

La finalidad de estos litigios que pretenden la tutela sumaria de la posesión, como se ha mencionado anteriormente, es el mantenimiento o recuperación provisional de los estados de hecho preexistentes y, por tanto, la pretensión de reponerlos y repararlos frente actos unilaterales y arbitrarios que pretendan alterarlos⁶³. O dicho de otra forma, no permite, *a priori*, que se altere la realidad material de la posesión en contra de la voluntad de sus poseedores y «sin auxilio de la autoridad»⁶⁴, remitiendo, posteriormente, a las partes interesadas a los tribunales para dirimir sus discrepancias mediante la resolución del conflicto de fondo.

El fundamento de esta protección responde al interés social en base a la prohibición del artículo 441 del CC, según el cual, no puede, en ningún caso, adquirirse la posesión de manera violenta «mientras exista un poseedor que se oponga a ello». De esta forma se evita que prevalezca la ley del más fuerte y cualquier persona, tomando la justicia por su mano, inquiete la posesión pacífica de otra.⁶⁵

Por lo tanto, este proceso responde a una finalidad de paz social «ante actos de propia autoridad»⁶⁶ o autotutela en cuanto impide que la situación posesoria, aparente o de hecho, sea atacada, y ello, ni siquiera por aquel que posea un título del que se desprenda un derecho contrario.

B) La cosa juzgada

La naturaleza especial de estos juicios sumarios hace que su tramitación transcurra con agilidad por su carácter urgente, de acuerdo con la finalidad social que acabamos de mencionar, en cuanto no se considera aceptable que la posesión se violente entre

⁶³ SAP de Pontevedra núm. 738 (secc. 5ª), de 26 de diciembre de 2014 y de Huesca núm. 168 (secc. 1ª), de 26 de septiembre del mismo año.

⁶⁴ SAP de Huesca núm. 151 (secc. 1ª), de 29 de julio de 2013.

⁶⁵ SAP de A Coruña núm. 376 (secc. 4ª), de 27 de noviembre de 2014.

⁶⁶ Como establecen las SSAP de Burgos núm. 287 (secc. 2ª), de 6 de noviembre de 2013 y de Pontevedra núm. 496 (secc. 6ª), de 23 de octubre de 2009.

particulares⁶⁷. Además, se limitan los medios de prueba⁶⁸, pues son procesos cautelares e instrumentales respecto de otro principal –normalmente posterior– donde se tratan las cuestiones concernientes en exclusiva a la posesión de hecho que ha sido vulnerada⁶⁹.

Por esta razón, las sentencias resultantes tienen el efecto de cosa juzgada formal, esto es, cuando no quepa recurso alguno o sea consentida por las partes, pues devienen firmes e inatacables, por lo que no son susceptibles de anulación o modificación salvo que concurra algún supuesto por el que se consiente la anulación de sentencias firmes⁷⁰.

Pero, sin embargo, carecen de fuerza de cosa juzgada material –extremo que compensa que los medios de defensa se vean limitados–, con el fin de que la partes tengan la posibilidad de plantear en un ulterior proceso declarativo las cuestiones relativas a la propiedad, linderos o posesión definitiva⁷¹ que resuelva, de forma concluyente, lo que proceda en relación con los derechos aducidos por las partes, sin que la sentencia resultante del ejercicio de la acción de retener, resulte vinculante en este proceso de carácter plenario.

⁶⁷ SAP de Palma de Mallorca núm. 443 (secc. 4ª), de 30 de diciembre de 2011.

⁶⁸ SAP de Madrid núm. 462 (secc. 19ª), de 28 de junio de 2004.

⁶⁹ SAP de A Coruña núm. 25 (secc. 4ª), de 24 de enero de 2002.

⁷⁰ SAP de Almería núm. 45 (secc. 1ª), de 13 de febrero de 2003.

⁷¹ SAP de A Coruña núm. 349 (secc. 5ª), de 23 de octubre de 2014.

V. CONCLUSIONES

1. Es muy abundante la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que regulan la cuestión, si bien es cierto que las únicas referencias que he encontrado en cuanto a Sentencias del Tribunal Supremo o incluso del Tribunal Constitucional cercanas a la cuestión tratada, no entran a conocer tanto de su regulación específica como de otros asuntos procesales, muchas veces concernientes a la actividad probatoria.

2. Los requisitos constitutivos de la acción de retener son enumerados en la gran mayoría de sentencias que versan sobre esta tutela sumaria. Estos son: la posesión de hecho que ostenta el actor, la inquietación de la misma que lleva a cabo el demandado y el ejercicio de la acción antes del transcurso de un año. Pero debemos tener en cuenta que para que estos requisitos se cumplan, necesitan de forma implícita de otros presupuestos. Es decir, para poder afirmar que realmente hay posesión de hecho, se requiere la acreditación e identificación de la cosa. Lo mismo ocurre con el acto de inquietación, pues debemos comprobar que sea antijurídico y perturbe pero no prive la posesión, así como, que el actor pruebe que no ha transcurrido dicho plazo desde que se produjo para determinar que continúa teniendo derecho a la vía sumaria.

3. Solo encontramos un elemento realmente conflictivo como es el ánimo de expoliar, si bien unas sentencias lo excluyen mientras otras lo elevan a la condición de verdadero elemento constitutivo. A mi modo de parecer, considero más acertada la posición contraria que no lo contempla, al igual que la actual LEC procediendo la acción cuando se produzca la privación sin necesidad de elemento intencional.

4. En los supuestos de coposesión no podemos considerar con certeza, tras la evolución jurisprudencial, que los coposeedores puedan ejercitar la acción de retener entre sí, pues se admite la tutela si los actos privan o excluyen la posesión por lo que está clara la posibilidad de recobrar y parece que en caso de admitirse la de retener, la perturbación debería llevar a un inminente despojo. La razón por la que esto es así, a pesar de no mencionarse en las resoluciones, podría tener su fundamento en la vieja línea jurisprudencial basada en el difícil deslinde de los actos propios de cualquier poseedor y los de inquietación suponiendo, la estimación de esta tutela, una negación de los derechos posesorios de los demás.

5. En cuanto a los límites que determinan el ejercicio de una u otra acción posesoria, cabe la de recobrar para la reposición y conservación de la cosa cuando su posesión haya sido despojada, y la de retener para restablecer la situación posesoria una vez que se haya producido el acto perturbador que no constituya privación. Por ello, puesto que no cabe la acumulación simultánea de las mismas por su incompatibilidad, solo podrían plantearse de manera subsidiaria en supuestos concretos en los que las fronteras de ambas acciones se presentan difusas y siempre que se señale la considerada principal, recayendo sobre el tribunal la elección de aquella que considere apropiada.

Por otro lado, y en relación con la acción de obra nueva, debe acudir a esta siempre que exista una obra en ejecución pues su finalidad es la suspensión de la construcción para, posteriormente, acudir a un juicio declarativo que conlleve la demolición en caso de estimarse la pretensión de la parte actora. No obstante, la procedente es la acción de retener siempre y cuando la obra sea de tan escasa relevancia que el demandante se haya visto sorprendido no pudiendo impedirla.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CERRATO GURI, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs.77 a 304

CERRATO GURI, E., «Problemas que plantea la elección de las acciones posesorias de los artículos 250.1.4 y 250.1.5 LEC», en *Actualidad Civil*, tomo 2, N°18, 2011.

PÉREZ UREÑA, A.A., «La protección posesoria entre coposedores», en *Práctica de Tribunales*, N° 86, 2011.

RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

SAP de Barcelona s/n (secc. 16ª), de 8 de enero de 1998.

SAP de Ourense núm. 49 (secc. 1ª), de 29 de enero de 2000.

SAP de Valencia núm. 44 (secc. 2ª), de 21 de marzo de 2000.

SAP de A Coruña núm. 25 (secc. 4ª), de 24 de enero de 2002.

SAP de Soria núm. 135 (secc. 1ª), de 24 de junio de 2002.

SAP de Granada núm. 522 (secc. 4ª), de 23 de julio de 2002.

SAP de Alicante núm. 598 (secc. 6ª), de 11 de octubre de 2002.

SAP de Almería núm. 45 (secc. 1ª), de 13 de febrero de 2003.

SAP de Murcia núm. 89 (secc. 4ª), de 24 de febrero de 2003.

SAP de A Coruña núm. 151 (secc. 1ª), de 10 de abril de 2003.

SAP de Alicante núm. 118 (secc. 6ª), de 19 de febrero de 2004.

SAP de Gijón núm. 107 (secc. 7ª), de 19 febrero de 2004.

SAP de Madrid núm. 462 (secc. 19ª), de 28 de junio de 2004.

SAP de Málaga núm. 844 (secc. 5ª), de 5 de julio de 2004.

SAP de Murcia núm. 230 (secc. 5ª) de 17 de septiembre de 2004.

SAP de Ciudad Real 324 (Sección 1ª), de 14 de diciembre 2004.

SAP de Valladolid núm. 1238 (secc. 1ª), de 26 de octubre de 2005.

SAP de Cuenca núm. 283 (secc. 1ª), de 30 de diciembre de 2005.

SAP de Valladolid núm. 105 (secc. 3ª), de 22 de marzo de 2007.

SAP de A Coruña núm. 264 (secc. 5ª), de 9 de mayo de 2007.

SAP de Madrid núm. 371 (secc. 13ª), de 2 de julio de 2007.

SAP de Zamora núm. 105 (secc. 1ª), de 19 de junio de 2008.

SAP de Valladolid núm. 163 (secc. 3ª), de 25 de septiembre de 2008.

SAP de Burgos núm. 271 (secc. 2ª), de 8 de junio de 2009.

SAP de Madrid núm. 451 (secc. 9ª), de 13 de octubre de 2009.

SAP de Pontevedra núm. 496 (secc. 6ª), de 23 de octubre de 2009.

SAP de Pontevedra núm. 76 (secc. 1ª), de 10 de febrero de 2010.

SAP de León núm. 64 (secc. 1ª), de 22 de febrero de 2010.

SAP de Pontevedra núm. 356 (secc. 4ª), de 24 de junio de 2010.

SAP de Pontevedra núm. 381 (secc. 1ª), de 8 de julio de 2010.

SAP de Madrid núm. 766 (secc. 12ª) de 30 de noviembre de 2010.

SAP de A Coruña núm. 114 (secc. 6ª), de 3 de marzo de 2011.

SAP de León núm. 106 (secc. 1ª), de 21 de marzo de 2011.

SAP de A Coruña núm. 156 (secc. 5ª), de 7 de abril de 2011.

SAP de Valencia núm. 104 (secc. 11ª), de 29 de abril de 2011.

SAP de Oviedo núm. 182 (secc. 5ª), de 4 de mayo de 2011.

SAP de Pontevedra núm. 500 (secc. 3ª), de 20 de diciembre de 2011.

SAP de Palma de Mallorca núm. 443 (secc. 4ª), de 30 de diciembre de 2011.

SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 96 (secc. 1ª), de 27 de febrero de 2012.

SAP de Salamanca núm. 208 (secc. 1ª), de 26 de abril de 2012.

SAP de León núm. 181 (secc. 2ª), de 30 de abril de 2012.

SAP de Almería núm. 145 (secc. 3ª), de 20 de junio de 2012.

SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 272 (secc. 4º), de 26 de junio de 2012.

SAP de Jaén núm. 238 (secc. 2ª), de 5 de octubre de 2012.

SAP de Toledo núm. 26 (secc. 2ª), de 29 de enero de 2013.

SAP de Toledo núm. 31 (secc. 1ª), de 30 de enero de 2013.

SAP de Valencia núm.198 (secc. 6ª), de 12 de abril de 2013.

SAP de Zamora núm. 65 (secc. 1ª), de 15 de abril de 2013.

SAP de A Coruña núm. 132 (secc. 5ª), de 18 de abril de 2013.

SAP de Almería núm. 134 (secc. 1ª), de 23 de mayo de 2013.

SAP de Cuenca núm. 188 (secc. 1ª), de 17 de junio de 2013.

SAP de Cuenca núm. 131 (secc. 1ª), de 25 de junio de 2013.

SAP de Gijón núm. 292 (secc. 7ª), de 28 de junio de 2013.

SAP de Huesca núm. 151 (secc. 1ª), de 29 de julio de 2013.

SAP de Ourense núm. 353 (secc. 7ª), de 13 de septiembre de 2013.

SAP de Segovia núm. 137 (secc. 1ª), de 8 de octubre de 2013.

SAP de A Coruña núm. 366 (secc. 4ª), de 23 de octubre de 2013.
SAP de Cuenca núm. 254 (secc. 1ª), de 30 de octubre de 2013.
SAP de Burgos núm. 287 (secc. 2ª), de 6 de noviembre de 2013.
SAP de A Coruña núm. 375 (secc. 5ª), de 12 de diciembre de 2013.
SAP de A Coruña núm. 438 (secc. 4ª), de 23 de diciembre de 2013.
SAP de Cuenca núm. 304 (secc. 1ª), de 26 de diciembre de 2013.
SAP de Málaga núm. 61 (secc. 4ª) de 13 de febrero de 2014.
SAP de Salamanca núm. 44 (secc. 1ª), de 3 de marzo de 2014.
SAP de Alicante núm. 141 (secc. 6ª), de 3 de junio de 2014.
SAP de Murcia núm. 107 (secc. 5ª), de 10 de junio de 2014.
SAP de Castellón núm. 232 (secc. 3ª), de 30 de junio de 2014.
SAP de Huesca núm. 168 (secc. 1ª), de 26 de septiembre de 2014.
SAP de Zaragoza núm. 291 (secc. 5ª), de 6 de octubre de 2014.
SAP de A Coruña núm. 349 (secc. 5ª), de 23 de octubre de 2014.
SAP de Toledo núm. 309 (secc. 2), de 4 de noviembre de 2014.
SAP de Ourense núm. 462 (secc. 1ª), de 19 de noviembre de 2014.
SAP de Pontevedra núm. 348 (secc. 3ª), de 19 de noviembre de 2014.
SAP de Palma de Mallorca núm. 341 (secc. 3ª), de 24 de noviembre de 2014.
SAP de Palma de Mallorca núm. 305 (secc. 5ª), de 26 de noviembre de 2014.
SAP de A Coruña núm. 376 (secc. 4ª), de 27 de noviembre de 2014.
SAP de Palma de Mallorca núm. 352 (secc. 3ª), de 28 de noviembre de 2014.
SAP de Álava núm. 311 (secc. 1ª), de 5 de diciembre de 2014.
SAP de Cuenca núm. 148 (secc. 1ª), de 9 de diciembre de 2014.
SAP de Oviedo núm. 294 (secc. 5ª), de 10 de diciembre de 2014.
SAP de Pontevedra núm. 389 (secc. 3ª), de 18 de diciembre de 2014.
SAP de Burgos núm. 303 (secc. 3ª), 22 de diciembre de 2014.
SAP de Pontevedra núm. 738 (secc. 6ª), de 26 de diciembre de 2014.
SAP de A Coruña núm. 51 (secc. 4ª), de 20 de febrero de 2015.
SAP de Palma de Mallorca núm. 50 (secc. 3ª), de 23 de febrero de 2015.
SAP de Pontevedra núm. 126 (secc. 6ª), de 23 de marzo de 2015.