

**EL PROCESO DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN POR
OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS INTRODUCIDO POR LA
LEY 5/2018. SU NATURALEZA JURÍDICA Y ALGUNAS
IMPLICACIONES PRÁCTICAS**

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN
Contratado Predoctoral FPU
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid
gschuman@ucm.es

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

Trabajo publicado en *Diario La Ley*, núm. 9264, 21 de septiembre de 2018. ISSN: 1989-6913

EL PROCESO DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN POR OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS INTRODUCIDO POR LA LEY 5/2018. SU NATURALEZA JURÍDICA Y ALGUNAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS

Guillermo Schumann Barragán
Contratado Predoctoral UCM
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: Se analiza el proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. En concreto, se examinan aspectos relacionados con la legitimación activa y pasiva, el régimen de notificaciones previsto, la medida cautelar incorporada en la reforma y la aplicación del plazo de caducidad de un año regulado en el art. 439.1 LEC.

I. INTRODUCCIÓN

El 12 de junio del 2018 se publicó en el BOE la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la ocupación ilegal de viviendas (en adelante, la Ley). Esta reforma conlleva la introducción de un nuevo mecanismo que permite la tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas y ha conllevado la modificación de los arts. 150, 250, 437, 441 y 444 de la LEC.

Los objetivos de este trabajo son *(i)* analizar la justificación de la reforma, *(ii)* realizar una exposición descriptiva del proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018, de 11 de enero; *(iii)* determinar la naturaleza de este procedimiento y, en concreto, dilucidar si nos encontramos ante un nuevo proceso de tutela sumaria de la posesión o ante una adaptación del tradicional interdicto de retener y recobrar; *(iv)* hacer algunas consideraciones en torno a la medida cautelar incorporada, la legitimación activa y pasiva, el régimen de notificaciones y la aplicación del plazo de caducidad de un año contemplado en el art. 439 LEC.

II. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA: LA PROHIBICIÓN DE AUTOTUTELA DEL ART. 441 CC Y LA INEXISTENCIA DE MECANISMOS PROCESALES EFICACES PARA LA TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN

La justificación de esta reforma es clara: nuestro ordenamiento no cuenta, al menos en apariencia, con mecanismos procesales eficaces para la tutela sumaria de la posesión cuyo despojo sea consecuencia de la ocupación ilegal de viviendas.¹ Desde luego, nos

¹ La justificación política de la reforma se basa en el hecho de que en los últimos años han surgido —o podríamos decir, aumentado— una serie de fenómenos sociales relacionados con la ocupación ilegal de viviendas. Entre ellos, el llamado “movimiento okupa”. Como consecuencia de la crisis económica y el problema de los desahucios, estas actuaciones se habrían amparado en este escenario social (Exposición de Motivos). El equilibrio de los intereses jurídicos en juego —a saber, los arts. 33 y 47 CE [LA LEY

referimos a mecanismos procesales civiles. Se ha sostenido que ante la inexistencia de una vía eficaz en el orden jurisdiccional civil, en algunas ocasiones se acudía en la práctica a la vía penal para obtener la recuperación de la posesión, en concreto, al delito de usurpación contemplado en el art. 245.2 del Código Penal. El problema que nos encontramos es doble: la propia concepción del Derecho penal en nuestro ordenamiento como una «última ratio» —y no como el mecanismo general para tutelar la posesión—; y, principalmente, porque en la práctica tampoco era efectivo.

Según el art. 441 CC «[e]n ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente». Nos encontramos ante una manifestación expresa de la prohibición de autotutela de los derechos e intereses privados, que es a su vez, como es de sobra sabido, el origen y justificación de los derechos de los justiciables frente a la administración de justicia y del sistema de protección jurisdiccional.

Con el art. 441 CC el ordenamiento jurídico le dice a aquel que ha visto usurpada su legítima posesión que no puede recuperarla por sí mismo, sino que debe acudir a la administración de justicia; pero también le dice que tiene derecho a que el Estado le restaure su situación posesoria. Esta reforma aspira a establecer un medio para conceder esa tutela jurisdiccional que compense de forma proporcionada la limitación a la libertad del justiciable que el art. 441 CC conlleva.² No parece razonable, en definitiva, que el ordenamiento me prohíba recuperar mi legítima posesión y no me proporcione una tutela jurisdiccional eficaz. Esto nos lleva a preguntarnos si, efectivamente, antes de la entrada en vigor de la nueva legislación existían o no en el orden jurisdiccional civil mecanismos procesales eficaces para la tutela jurisdiccional de la posesión.

En abstracto, cuatro eran las opciones que tenía —y en algunos casos, que todavía tiene— el justiciable para conseguir la tutela de la posesión. Las tres primeras se refieren a mecanismos de tutela sumaria —expeditiva y sin efectos de cosa juzgada *ex. art. 447 LEC*— y la última se refiere a la tutela «ordinaria» en el seno de un procedimiento declarativo plenario. a) *El juicio verbal especial para la recuperación de la plena posesión de una finca rústica y urbana cedida en precario contemplado en el art. 250.1.2 LEC*. El principal problema de este proceso es que, para las situaciones que nos interesa

2500/1978]— se intenta mantener a través de (a) la limitación de la legitimación activa para utilizar este mecanismo de tutela jurisdiccional; lo que conlleva *de facto* la exclusión de entidades bancarias y otras instituciones de inversión —una medida de carácter político sin ninguna justificación legal concreta—; y (b) la comunicación a los servicios públicos competentes en materia de política social sobre las situaciones de exclusión social que se deriven del desalojo (art. 441.1 bis LEC [LA LEY 58/2000]). Sin entrar a valorar las razones expuestas y su pertinencia, esta es la justificación política que sustenta esta medida.

² DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1980, pág. 12.

tutelar, la institución del precario —que encuentra su apoyo legal en el art. 1750 CC— no es operativa, pues no es aplicable a las situaciones de ocupación ilegal de viviendas, por la simple razón de que no existe un uso tolerado del propietario o del titular legítimo del derecho a poseer. Por ello, pese a que en la práctica se hacía una (indebida) interpretación expansiva del término, la realidad es que, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley, ello conllevaba una grave «inexactitud conceptual». b) *El juicio verbal especial para lograr la efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad regulado en el art. 250.1.7 LEC*. Esta vía, sin embargo, solo sirve para tutelar derechos reales inscritos —lo cual excluye una multitud de situaciones posesorias dignas de protección—; además, supone la imposición de una serie de cargas procesales para el actor—*vid.* art. 439.2 LEC—. c) *El juicio verbal especial para la tutela sumaria de la posesión, es decir, el llamado interdicto de retener y recobrar regulado en el art. 250.1.4 LEC*. Este, que en principio es el mecanismo idóneo, tampoco parecía eficaz por dos razones básicas: la aplicación del plazo de caducidad de un año contemplado en el art. 439 LEC y la necesidad de acreditar una situación posesoria previa³ —ambas cuestiones que, lo adelantamos desde ahora, también consideramos aplicables al proceso regulado por la nueva Ley—. d) *Un procedimiento declarativo plenario para el ejercicio de acciones protectoras de la posesión o la propiedad*. Desde luego, no parece que sea un mecanismo operativo en la práctica ni pensado por el ordenamiento para una tutela rápida de la posesión.

Además, existen una serie de inconvenientes comunes a los procesos expuestos anteriormente. El primero es su duración. La recuperación efectiva de la posesión se dilataba de forma extraordinaria en el tiempo. Para comprobar este hecho es más que suficiente acudir a las estadísticas judiciales proporcionadas por el CGPJ. Y es que, aunque en abstracto sería posible la obtención de medidas cautelares conforme al régimen general previsto en la LEC, su solicitud y otorgamiento eran inusuales en la práctica. La segunda se refiere a la identificación de los legitimados pasivamente y las notificaciones de las resoluciones interlocutorias y de fondo —tanto en los procedimientos declarativos como, no lo olvidemos, en los ejecutivos posteriores—. Por las características propias de la ocupación ilegal, es posible que los ocupantes de la vivienda cambien de forma constante y que se lleven a cabo actividades dirigidas a la obstaculización de las notificaciones procesales.⁴

³ PÉREZ DAUDÍ, V., SÁNCHEZ GARCÍA, J., “La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un inmueble”, *Diario La Ley*, núm. 9008, 26 de junio de 2017.

⁴ Estas situaciones de cambio y dilaciones en el proceso son ilustradas de forma clara por el propio magistrado de la Sala Primera del Tribunal D. Ignacio Sancho Gargallo: «es difícil identificar al ocupante, cuando ya lo has identificado vas a notificarle y ya no está ahí, aparece otro señor distinto, suspendes la diligencias, vuelves otra vez a empezar». Comparecencia de D. Ignacio Sancho Gargallo en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 250, 6 de junio de 2017, pág. 12.

El resultado de la valoración plasmado en la Ley parece claro: «ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria [...] la recuperación inmediata de la vivienda por el propietario o titular de otros derechos legítimos de posesión de viviendas no es sencilla en la vía civil».⁵

En definitiva, tres parecían ser las cuestiones que impedían una tutela jurisdiccional eficaz de la posesión en casos de ocupación ilegal de viviendas: **(i)** el ámbito objetivo y la propia regulación procedimental de los procesos existentes; **(ii)** la duración de los procesos (sumarios y plenarios); y **(iii)** la dificultad de identificar y notificar a los demandados. Son justamente estas dificultades las que intenta superar la reforma introducida. La realidad nos dirá si lo consigue.

III. RASGOS GENERALES DEL NUEVO PROCESO DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN POR OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS

La Ley 5/2018 introduce el nuevo proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal dentro del ordinal 4º del apartado 1 del art. 250 de la LEC; esto es, en el mismo ordinal que el tradicional interdicto de retener y recobrar. Presenta, sin embargo, una serie de rasgos propios que permiten diferenciarlo y que, a grandes rasgos, son los siguientes:

a) La *finalidad* de este nuevo proceso es 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» (art. 250.1.4 LEC).

b) La *legitimación activa* para hacer uso de esta singular herramienta procesal corresponde a «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» (art. 250.1.4 LEC). La legitimación activa, tal como está regulada en la reforma, conlleva *de facto* la exclusión *v.gr.* de las entidades bancarias y otras instituciones de inversión colectiva. Así, la Ley ha limitado el acceso a este nuevo proceso a ciertas personas cuyo derecho a poseer es considerado por el legislador merecedor de una especial protección jurisdiccional. Nos encontramos, desde luego, ante una cuestión de índole política sin ninguna justificación jurídica concreta.

c) La demanda «podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble» (art. 437.3 bis LEC). En consecuencia, la *legitimación pasiva*

⁵ Exposición de Motivos Ley 5/2018, de 11 de junio [LA LEY 9487/2018].

—formulada genérica e indeterminadamente en la Ley— corresponde a quien en cada momento ocupe ilegalmente la vivienda.

d) El procedimiento se inicia mediante *demanda* (art. 437 LEC) a la que «se *deberá* acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer» (art. 437.3 bis LEC). Nos hallamos así ante un caso en que el actor debe acompañar necesariamente a la demanda un documento concreto, cuya falta de aportación conllevará su inadmisión *in limine litis* (art. 403 LEC).

e) La *contestación a la demanda* se efectuará dentro del plazo legal de 10 días (art. 438.1 LEC) y solo podrá fundarse «en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor» (art. 444.1 bis LEC). En caso de que el demandado —o demandados— decida no contestar a la demanda «se procederá de inmediato a dictar sentencia» (art. 444.1 bis LEC).

f) La sentencia estimatoria de la pretensión de tutela jurisdiccional «permitirá su *ejecución*, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548» (art. 444.1 bis LEC).

g) La reforma contempla, además, una *medida cautelar* específica, que debe ser pedida expresamente por el actor y que dará lugar a la apertura de un trámite incidental. Por tanto, en abstracto, es posible la tramitación de este proceso de tutela sumaria de la posesión sin ella; cabe intuir, sin embargo, que esta medida es el núcleo esencial del nuevo proceso —y de la propia reforma—, de modo que en la práctica se antoja poco probable su uso sin la solicitud de la medida.

El objeto de esta medida cautelar es «la inmediata entrega de la posesión». Por tanto, en cuanto coincide con el objeto del proceso principal, podemos sostener que es de naturaleza anticipatoria.⁶ Lo normal será que la solicitud de la medida se efectúe en el escrito de demanda. Si se solicita en ese momento, en el propio decreto de admisión de la demanda «se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, el título que justifique su situación posesoria» (art. 441.1 bis LEC)⁷. En caso de que no se aporte ninguna documentación o no se considere *suficiente* «el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer».⁸ El auto que decida sobre este incidente no

⁶ Respecto de la tutela cautelar anticipatoria y su relación con instituciones procesales como la desaparición sobrevenida del interés en el litigio véase GASCÓN INCHAUSTI, F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Editorial Aranzadi, 2003, págs. 183-185.

⁷ La inicial Proposición de Ley contemplaba la adopción de la medida cautelar de forma automática e *inaudita parte*. Desde luego, las dudas de inconstitucionalidad de esta regulación llevaron a incorporar un trámite de audiencia a los demandados; dotando de contradicción al trámite de adopción de la medida.

⁸ Conforme a lo dispuesto en el art. 441.1 bis LEC [LA LEY 58/2000], «en la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se ordenará

es susceptible de recurso y se llevará a efecto contra cualquier ocupante que se encuentre en la vivienda (art. 441.1 bis LEC).

Por tanto, en el supuesto (normal) de que se solicite la medida cautelar anticipatoria, los demandados tendrán dos plazos superpuestos. El plazo de 5 días para aportar el título que justifique su situación posesoria y el plazo de 10 días para contestar a la demanda.

h) En cuanto al *régimen de notificaciones*, estas se «hará[n] a quién se encuentre habitando» la vivienda y podrá hacerse a los «ignorados ocupantes de la vivienda». Además, con la finalidad de identificar al receptor de la notificación y a los demás ocupantes «quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad» (art. 441.1 bis LEC).

Esta es, en síntesis, la regulación introducida por la reforma. Los problemas que se predicaban respecto de los mecanismos anteriores a la reforma se resuelven de la siguiente manera: *(a)* con un procedimiento con un ámbito objetivo amplio —ya veremos si realmente es así— y de tramitación sencilla; *(b)* con la regulación de una legitimación pasiva genérica e indeterminada y de un régimen de notificaciones especial; y *(c)* con la creación de una medida cautelar específica anticipatoria del fallo que compense la posible dilación del procedimiento principal hasta la obtención de una sentencia sobre el fondo del asunto.

IV. LA MEDIDA CAUTELAR ANTICIPATORIA DE RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA VIVIENDA

La medida cautelar regulada en la reforma es, junto con el régimen de legitimación pasiva y de notificaciones, la «medida estrella» del proceso. Desde un ámbito técnico jurídico, la novedad de la reforma es la causalización objetiva de la apariencia de buen derecho y el peligro de la mora procesal y la eliminación de la necesidad de prestar caución.

El título en el que el actor funda su derecho a poseer (art. 437.3 bis LEC) es un requisito de procedibilidad (*vid. supra*) que, a su vez, permite acreditar el *fumus bonis iuris*, esto es, la apariencia de que el actor tiene el derecho a poseer la vivienda ocupada ilegalmente —ello con todos los problemas que analizaremos más adelante—. Así, nos encontramos ante un requisito que se considera objetivamente cumplido por el propio documento cuya presentación se exige para acceder al proceso sumario.

El *periculum in mora* se refiere al peligro de que el transcurso del tiempo pueda impedir la efectividad de la sentencia. La cuestión en este caso es que, en abstracto, el transcurso del tiempo no tiene por qué afectar a la efectividad de la sentencia. El desalojo de la

comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso proceda».

vivienda ocupada ilegalmente podrá llevarse a cabo con independencia del tiempo que dure el procedimiento. Desde luego, su dilación en el tiempo genera unos daños concretos al propietario —tasas municipales, gastos tributarios, el propio desgaste físico del inmueble—⁹; pero estos no serían suficientes para justificar en todos los supuestos la ineficacia de una eventual sentencia estimatoria. Por ello, la reforma contempla un *periculum in mora* objetivo que se justifica por la propia duración del procedimiento y por las consecuencias negativas que para el justiciable tiene. En la práctica, esto conlleva la presunción legal de que concurre este requisito.

Por otro lado, y como se desprende de la Ley, lo normal será solicitar la medida cautelar en el momento de interposición de la demanda. Y es que es en el propio decreto de admisión de la demanda en el que se requiere a los ocupantes de la vivienda que justifiquen su situación posesoria (art. 441.1 bis LEC). No obstante ¿nos encontramos ante un plazo preclusivo? Aunque no parezca razonable en la práctica, si el actor solicita la tutela sumaria de su posesión pero no la medida cautelar —que, no lo olvidemos, es opcional— ¿perdería la posibilidad de hacerlo con posterioridad? De conformidad con el art. 730.4 LEC creemos que podría pedirse «cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos» y que no concurrían en el momento de interposición de la demanda. Desde luego, este es un escenario poco probable en la práctica. En este caso, y como en todas aquellas cuestiones que surjan en la aplicación de esta medida, habrá que acudir a la regulación general de las medidas cautelares (art. 721 y siguientes de la LEC).

Debe señalarse que, a pesar de la apariencia de novedad, tampoco cabría descartar la concesión de una medida como esta al amparo del régimen general de medidas cautelares (art. 727. 11 LEC). Por tanto, la innovación no se encuentra en la posibilidad abstracta de solicitarla, sino en un aumento de las posibilidades concretas de que sea otorgada. Eso lo pretende conseguir la reforma a través del reconocimiento expreso de la medida, una tramitación procesal única con plazos reducidos y la flexibilización de los requisitos para su adopción. Y es que, no lo olvidemos, en caso de que el demandado no aporte el «título que justifique su situación posesoria» o, en su caso, no se considere «justificación suficiente» se adoptará la medida cautelar, con la única condición de que el título acompañado por el actor en la demanda se considere bastante para acreditar su derecho a poseer (art. 441.1 bis LEC). Ahora bien, teniendo en cuenta que la aportación del «título en el que el actor funde su derecho a poseer» es un requisito de admisibilidad de la

⁹ «Durante el tiempo que se tarde en dictar una sentencia ejecutiva el propietario demandante va a tener que soportar los gastos inherentes al bien inmueble, como el pago del IBI, gastos de adquisición en caso de haberla adquirido con un préstamo hipotecario y otros relacionados con la misma» PÉREZ DAUDÍ, V., SÁNCHEZ GARCÍA, J., “La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un inmueble”, cit. En el mismo sentido, la comparecencia de PÉREZ DAUDÍ en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados., núm. 250, 6 de junio de 2017, pág. 31.

demanda (art. 437.3 bis en relación con el 403 LEC), en la práctica, la ausencia de documentación idónea en poder del demandado conllevará la adopción de la medida.

La falta de contestación a la demanda supone que se dicte sentencia de forma inmediata (art. 444.1 bis LEC). En abstracto, la medida cautelar podría acordarse a partir del sexto día desde el decreto de admisión de la demanda —i.e. transcurrido el plazo de cinco días para oponerse a su adopción (art. 441.1 bis LEC) — y la sentencia podría dictarse en el onceavo día —i.e. transcurrido el plazo de diez días para contestar a la demanda (art. 438.1 LEC) —. Por ello, siendo poco probable que la ejecución de la medida cautelar se produzca de forma inmediata, podemos afirmar que la Ley fomenta que la medida cautelar, más que anticipatoria, sea realmente satisfactiva de la tutela jurisdiccional pretendida.

V. LEGITIMACIÓN PASIVA Y RÉGIMEN DE NOTIFICACIONES

La legitimación pasiva y el régimen de notificaciones son, junto con la medida cautelar, los ejes principales de la reforma. Los objetivos eran claros: dotar al proceso de la mayor celeridad y efectividad posible sin una merma de los derechos de defensa de los demandados que pudieran conllevar la incoación de posteriores incidentes de nulidad de actuaciones.

La identificación del demandado y la designación de un domicilio en el que pueda ser localizado son dos cargas procesales impuestas al actor (399.1 y 437.1 LEC). Su incumplimiento debe ser considerado un defecto formal en la demanda y, por ello, puede conllevar su inadmisión. Para mitigar las consecuencias que su incumplimiento acarrea, el ordenamiento pone a disposición del justiciable ciertos instrumentos procesales. Por un lado, las diligencias preliminares y las disposiciones sobre exhibición de documentos (art. 256 y siguientes LEC); y, por otro, la posibilidad de que el actor señale varios lugares en los que el demandado pudiera ser previsiblemente localizado y, en su caso, poder recabar la colaboración del órgano jurisdiccional (arts. 155 y 156 LEC).¹⁰

La ocupación ilegal de viviendas y las propias características del fenómeno social que se intenta paliar (*vid. supra*) han revelado la ineficacia de las diligencias preliminares para este cometido. Y, por ello, la identificación de los ocupantes se convierte en una carga excesiva para el actor que, en la práctica, se traduce en la imposibilidad de recuperar su posesión de forma rápida y eficaz. Ante este panorama, se ha aceptado la posibilidad de demandar a los «ignorados ocupantes» o, en términos de la Ley, «desconocidos ocupantes». Esta cuestión, que no es nueva

¹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con BANACLOCHE PALAO, GUTIÉRREZ BERLINCHES y VALLINES GARCÍA), 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009, págs. 57-61.

en la práctica forense, ha encontrado un progresivo desarrollo y aceptación por vía jurisprudencial.

Existen varios casos en los que se ha intentado demandar a un grupo indeterminado de sujetos. La casuística es variada en nuestra práctica judicial y encontramos supuestos en los que *v.gr.* se ha dirigido la demanda frente a «los herederos desconocidos», «ignorados herederos»¹¹ o contra «cualquier persona que pueda resultar responsable» de un evento dañoso.¹² En estos casos, se suele inadmitir la demanda *in limine litis* o se considera que la falta de identificación es un defecto procesal que debe ser subsanado. La consecuencia principal de que no se identifique a los demandados es que resulta imposible notificarles la pendencia del proceso, vulnerando de forma clara su derecho de defensa y sus garantías procesales básicas. La posibilidad —ahora reconocida legalmente— de dirigir la demanda frente a los «desconocidos ocupantes» presenta una serie de rasgos propios que permiten diferenciarlo del resto de supuestos citados y que explican su progresiva aceptación jurisprudencial.

En supuestos de ocupación ilegal de viviendas, es mayoritaria la posición de nuestras Audiencias Provinciales que, ante la imposibilidad, excesiva dificultad o —en caso de rotación— inutilidad de identificar a los ocupantes, consideran posible dirigir la demanda contra un grupo de personas no identificadas nominalmente, sino por su relación con la vivienda.¹³ Se trata, pues, de identificar a los demandados simplemente por su condición

¹¹ AAP Madrid Sección 10.ª núm. 13/2004 de 29 diciembre [LA LEY 274003/2004].

¹² AAP Islas Baleares Sección 3.ª núm. 140/2003 de 13 noviembre [LA LEY 185228/2003]. En general, cf. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio*, cit., págs. 58-59, donde se recoge una interesante muestra de resoluciones judiciales sobre estos supuestos.

¹³ Para ilustrar el estado actual de la cuestión en nuestras audiencias provinciales se muestra de interés la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 223/2018 de 23 de abril. F.J.3.º [LA LEY 31464/2018]: «Es también pacífica la doctrina de las Audiencias Provinciales que viene admitiendo la posibilidad de que la demanda se dirija contra los "ignorados ocupantes" de un inmueble, cuando de la ocupación de éste se trata, y ello sin necesidad de ser reseñados los demandados nominalmente sino por su relación con el inmueble litigioso». En el mismo sentido la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 323/2018 de 16 de mayo [LA LEY 52896/2018] F.J. 2.º: «Existen dificultades, en juicios contra precaristas, para la determinación de la legitimación pasiva a la que forzosamente ha de llegarse mediante una interpretación finalística y racional de las reglas de personación e intervención, pues la indeterminación de poseedores en el tiempo no puede impedir, por la propia naturaleza recuperatoria de la acción que se ejercita [...]. Venimos manteniendo que no incumbe a la parte demandante averiguar la identidad de las personas que residen en la finca pues, como se ha dicho, nada obsta a que se demande a personas desconocidas cuando se destaque su relación con el objeto litigioso y se posibilite su comparecencia y defensa, como sucede en este caso en el que se designa el inmueble en que pueden ser citados los demandados». También la Sentencia de la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 115/2018 de 12 de abril] F.J. 4.ª [LA LEY 54628/2018]: «Igualmente pacífica es la doctrina de las Audiencias Provinciales que admite que la demanda de desahucio por precario, cuando se trata de la ocupación de un inmueble, pueda ir dirigida contra los "ignorados ocupantes" del mismo, sin necesidad de ser reseñados nominalmente sino por su relación con el inmueble litigioso, y sin que ello implique merma de su derecho de defensa pues -como acontece con la ahora apelante-, pueden ejercitarlo con plenitud de garantías procesales [...] En consecuencia, para que puedan entenderse cumplidos los requisitos de los artículos 399.1 y 437.1 LEC, basta que el actor consigne en la demanda los datos y circunstancias de que pueda tener conocimiento para permitir la identificación del demandado, bastando en consecuencia en el desahucio por precario la identificación de los ignorados ocupantes demandados por su relación con el inmueble litigioso» (énfasis añadido). En términos similares la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 248/2018 de 20 de abril [LA LEY 29242/2018] F.J. 2.º.

de ocupantes de un inmueble concreto. En este sentido, y realizando una interpretación finalista, se sostiene que a los efectos que ahora nos interesan el objetivo principal de la identificación de los demandados es notificarles la existencia del procedimiento, permitiéndoles así ejercer su derecho de defensa con plenitud de garantías procesales.

El art. 155 LEC impone al actor la carga de indicar «cuantos datos conozca del demandado y que pueden ser de utilidad para la *localización* de éste». Desde luego, el art. 155 LEC está pensando en aquellos casos en los que no se conoce el domicilio o localización física del demandado. La situación que nos ocupa es distinta. En estos casos, en tanto que se conoce la localización exacta de los demandados —la legitimación pasiva corresponderá en cada momento, justamente, al que se encuentre en la vivienda ocupada ilegalmente— el requisito se cumple con una identificación funcional en relación con el inmueble.¹⁴

Para un estudio del régimen de notificaciones deberá realizarse una interpretación conjunta de los arts. 155, 156, 158, 161 y 164, en relación con los modificados arts. 437.3 bis y 441.1 bis LEC. La reforma introducida por la Ley plantea varios interrogantes. Como hemos explicado, en estos casos serán innecesarias las averiguaciones del tribunal sobre el domicilio del demandado (art. 156 LEC) ¿La notificación deberá realizarse mediante entrega de la resolución o cédula (art. 161 LEC) o, en caso de que sea infructuosa, sería posible la comunicación edictal (art. 164 LEC)? Por el tenor literal del art. 441.1 bis LEC y la posibilidad de que al acto acudan agentes de la fuerza pública, parece que la Ley quiere que se lleve a cabo la identificación y notificación personal de la resolución. Además, como sostiene desde hace tiempo nuestro Tribunal Constitucional «el [emplazamiento] edictal, al igual que la citación en estrados, poseen un carácter supletorio y excepcional».¹⁵ En definitiva, la comunicación edictal

Asimismo, encontramos resoluciones dictadas por nuestro alto tribunal en procesos en los que la demanda se dirigió inicialmente a los «ignorados ocupantes de la vivienda»; cuestión que, por otra parte, no fue motivo de impugnación o discusión en el recurso extraordinario. Entre ellas, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 375/2008, de 8 de mayo [LA LEY 61741/2008] y núm. 484/2010 de 16 julio [LA LEY 114045/2010].

¹⁴ La transcrita Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 323/2018 de 16 de mayo [LA LEY 52896/2018] F.J. 2.º sostiene que el art. 437.1 LEC [LA LEY 58/2000] relativo a la forma de la demanda del juicio verbal únicamente impone la carga de señalar los «datos y circunstancias» que permitan la identificación del demandado; sin exigirse la aportación de nombres y apellidos concretos. Nos parece una interpretación laxa del precepto, pero es ilustrativa de la aplicación que de las normas relativas a la notificación se ha realizado por nuestros órganos jurisdiccionales en supuestos similares a los que nos ocupan.

¹⁵ STC 143/1999 de 22 julio [LA LEY 9591/1999]. En el mismo sentido, se muestra de interés la jurisprudencia constitucional relativa a la comunicación edictal en los procesos de desahucio. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 39/2018 de 25 abril [LA LEY 47036/2018] F.J. 3º sostiene que: «[...] el art. 164 LEC relativo a la comunicación edictal como forma de comunicación procesal y añade a dicho precepto un segundo párrafo relativo a los desahucios en un arrendamiento por falta de pago de las rentas...», es necesario realizar una interpretación secundum Constitutionem de dicho precepto, "integrando el contenido de la reforma con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la *subsidiariedad de la comunicación edictal, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del art. 24.1 CE, de manera que la comunicación edictal en todo procedimiento de desahucio sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado*". En relación con ello, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que (i) "cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las

es admisible cuando no consta un domicilio conocido del demandado o cuando ha resultado imposible la notificación personal en aquel. En los supuestos contemplados por la Ley, en tanto que es conocido el lugar en el que pueden ser localizados los demandados —i.e. la vivienda ocupada— y en tanto que el funcionario encargado del acto de comunicación puede ir acompañado de agentes de la autoridad; queda bastante reducido el ámbito en el que sería admisible la notificación edictal.

Por ello, parece que el análisis de la posible incidencia de esta técnica —ahora contemplada expresamente en la Ley— sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandados no debe centrarse tanto en su identificación, sino en la adecuada notificación que les permita el ejercicio de su derecho de defensa. De hecho, es usual que los incidentes de nulidad de actuaciones en la práctica se presenten en aquellos casos en los que fue imposible realizar la notificación por parte del Juzgado. En esta línea, y en aras de conseguir su realización, la reforma contempla expresamente que el funcionario encargado del acto de comunicación, pueda ir acompañado de agentes de la autoridad (art. 441.1 bis LEC). Una vez realizada la notificación, la Ley considera que se ha dado la posibilidad a los demandados de personarse y alegar lo que a su derecho convenga y, por ello, que se han respetado sus garantías procesales básicas (art. 24 CE).¹⁶

VI. NATURALEZA JURÍDICA: ¿ES UN NUEVO PROCESO O UNA MODALIDAD DEL INTERDICTO DE RETENER Y RECOBRAR?

Sentado lo anterior, es necesario determinar la naturaleza de este mecanismo procesal y, más en concreto, si se trata de un proceso nuevo y autónomo o de una modalidad del tradicional interdicto de retener y recobrar. De la respuesta que demos a esta pregunta dependen extremos de relevancia, como la legitimación activa y la aplicación del plazo

partes se deduzca la existencia de un *domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos*” (STC 122/2013, FJ 3), y que (ii) incluso cuando no conste ese domicilio en las actuaciones, habría que realizar otras gestiones en orden a la averiguación del domicilio real, siempre que ello no suponga exigir al órgano judicial una desmedida labor investigadora sobre la efectividad del acto de comunicación (entre otras, STC 131/2014, de 21 de julio, FJ 2).» Igualmente la STC núm. 137/2017 de 27 noviembre [LA LEY 182777/2017] F.J. 4.º: « [...] tal posibilidad comporta «la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación por edictos a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero. En este sentido hemos declarado que cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos» (STC 30/2014, de 24 de febrero, FJ 3, y jurisprudencia allí citada)» (énfasis añadido). También la STC núm. 197/2013 de 2 diciembre [LA LEY 201145/2013] F.J. 4.º.

¹⁶ Sentencia de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 137/2018 de 6 de abril [LA LEY 54541/2018] F.J. 2.ª: «Es cierto que la parte debe alegar en su demanda o cuando fuera requerido cuantos datos conozca de los demandados para su localización, conforme dice el artículo 155 de la LEC, pero en el presente caso, al no conocer la identidad de los posibles ocupantes, y solicitar el emplazamiento en el domicilio que va a ser objeto del desahucio, *se considera suficiente para la localización e identificación de los afectados por el procedimiento evitando así la indefensión, pues la demanda no se dirige sobre una persona en concreto, sino que va dirigida a la recuperación de la posesión de un bien*» (énfasis añadido).

de un año contemplado en el art. 439 LEC. Y debemos adelantar que la propia Exposición de Motivos de la Ley parece darnos la respuesta: la reforma «adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada». Resulta necesario, sin embargo, un análisis algo más detenido para verificar si lo querido por el legislador —una suerte de adaptación del interdicto— coincide con lo realmente establecido por él.

1. La tutela sumaria de la posesión antes de la reforma: naturaleza y finalidad del (tradicional) interdicto de retener y recobrar

El proceso de tutela sumaria de la posesión regulado en el art. 250.4 LEC tiene un objeto perfectamente delimitado: restituir la posesión de una cosa a aquel que hubiera sido despojado de ella. Su objetivo es restituir una *situación de hecho*. Este procedimiento no sirve para declarar derechos, determinar si el anterior poseedor tenía derecho a poseer o para determinar el mejor derecho a poseer una cosa. Esas cuestiones son absolutamente ajenas a este procedimiento.¹⁷

La posesión como institución jurídica es un tema clásico y complejo tratado por la doctrina civilista. Desde luego, este no es lugar para hacer un mínimo esbozo de su regulación en nuestro ordenamiento y su conexión con otras instituciones jurídicas. Lo que nos interesa destacar es la doble dimensión que la institución posesoria tiene en nuestro ordenamiento y entender que cuando hablamos de ella nos podemos estar refiriendo a dos cuestiones distintas que necesitan ser delimitadas claramente para entender la tutela sumaria de la posesión: la posesión como situación jurídica o como poder jurídico.

Existe el derecho a poseer algo concreto —el *ius possidendi*—. El propietario de una cosa tiene derecho a poseerla. El usufructuario de una cosa tiene derecho a poseerla. El arrendatario de una vivienda tiene derecho a poseerla. Sin embargo, la posesión también es un *hecho jurídico*, es una *situación fáctica* de señorío sobre una cosa que, con independencia de cualquier titularidad de la que pueda emanar ese señorío, el

¹⁷ Cfr. XIOL RIOS, J.A. (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero. I*, SEPIN, Madrid, 2008, págs. 1378-1379: «Este juicio verbal por materia (art. 250.1.4º LEC) tiene por objeto quien hubiera sido despojado o perturbado en la posesión o tenencia de una cosa o derecho una tutela sumaria y provisional de dicha situación posesoria, de forma que lo que se trata es de corregir una situación del hecho [...] su finalidad no es que se declaren derechos, ni siquiera el derecho a poseer por parte del actor sino la tutela posesoria lo que ha llevado a muchos a calificar esta tutela como cautelar. Se excluye así cualquier otra cuestión que no sea devolver aquella posesión al estado anterior al despojo. Por ello, son ajenas a este procedimiento las discusiones sobre la propiedad, titularidad dominical, o la posesión definitiva o el mejor derecho a poseer [...]». MARÍN CASTÁN, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo II.*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 1379: «El objeto del proceso (interdicto de retener y recobrar la posesión, según la dicción clásica de la LEC 1881) radica en obtener, por quien hubiera sido despojado o perturbado en la posesión o tenencia de una cosa o derecho, una tutela sumaria y provisional de dicha situación posesoria, de forma que lo que se trata de corregir es una situación de hecho en virtud de la cual se ha variado, de forma esencial y sin duda prejudicial, la situación posesoria de hecho preexistente».

ordenamiento le vincula una serie de consecuencias jurídicas importantes. Entre ellas, la protección de esa situación *fáctica* frente a quien le perturbe o despoje de su posesión.¹⁸ Por tanto, una cosa es tener derecho a poseer algo (poder jurídico) y otra cosa es poseerlo (hecho jurídico). Y el que posee algo —con independencia del derecho que tenga a ello— es protegido por el Derecho: tiene el *derecho a seguir poseyendo* —el *ius possessionis* —. ¹⁹ En palabras del profesor LACRUZ BERDEJO, «esta restauración de la posesión en favor de aquél a quien privaron ilegalmente de ella, es resultado de un derecho nacido de la tenencia de la cosa. Ser poseedor, por sí mismos y sin otro título, inviste al sujeto de un derecho a seguir poseyendo, a no ser privado de la situación de contacto físico con la cosa en que se halla, sino por los medios jurídicos oportunos».²⁰

Resulta necesario entender claramente esta cuestión si queremos comprender e interiorizar la razón de la protección sumaria de la posesión. El ordenamiento jurídico protege la posesión como *hecho* .²¹ Y ello con las consecuencias prácticas que puede tener ya que, aunque resulte raro y contradictorio, «puede ocurrir que por medio de ella el ordenamiento jurídico tutele a alguno que ha violado sus preceptos (p.ej., el que se ha apoderado ilícitamente de una cosa) y, en cambio, coloque en una situación de inferioridad a quien en el fondo no hace más que ejercitar su derecho (v.gr. al propietario que reacciona frente a quien está poseyendo contra su voluntad)».²²

Como nos explica gráficamente el profesor DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «[I]a posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el

¹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen III (Tomo I)*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, págs. 88-89.

¹⁹ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil Tomo II. Derechos reales e hipotecario*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pág. 188 «[...] no hay un concepto único de posesión. Por otra parte, siguiendo esta idea, al dar el concepto se ha distinguido la posesión como poder de hecho y posesión como poder jurídico. La posesión como poder de hecho es un hecho que produce efectos jurídicos, es decir, un hecho jurídico. La posesión como poder jurídico es un derecho, derecho real, pues recae inmediatamente y absolutamente sobre la cosa [...] Por tanto, no es que la posesión tenga un doble carácter, sino que en un sentido —como poder de hecho— es un hecho jurídico y en otro —como poder jurídico— es un derecho real provisional [...]».

²⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al. Elementos de Derecho Civil. III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y Propiedad*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, pág. 26.

²¹ Existen múltiples fundamentos y teorías que sostienen la protección posesoria que nuestro ordenamiento jurídico dispensa a la posesión como hecho jurídico — *ius possessionis* —. Entre ellas encontramos las teorías de la personalidad (WINDSCHEID, FERRINI); las teorías de la voluntad (PUCHTA); las teorías de la continuidad o del *status quo* (STAHL, HECK); la teoría de la prohibición de la violencia (SAVIGNY); la teoría del vencimiento justificado (THIBAUT); la teoría de la prerrogativa de probidad (ROEDER); la teoría de la propiedad en gestación (GANS); y la teoría de la exteriorización de la propiedad (IHERING). Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil Tomo II. Derechos reales e hipotecario*, cit., págs. 185-186. DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen III (Tomo I)*, cit., págs. 86-88.

Es ilustrativa la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 467/2016 de 7 de julio F.J. 6º [LA LEY 79260/2016]: «Todo ello porque, como señalaba nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de abril de 1979, la protección sumaria interdictal “halla su fundamento en la conveniencia de un logro acelerado y provisional de una paz jurídica inmediata, que, dando solución momentánea al conflicto suscitado, cumpla con unos fines pacificadores y de social armonía» (énfasis añadido).

²² DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen III (Tomo I)*, cit., pág. 87.

derecho de donde emana aquella posesión. El ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, *centra su atención en la cara visible, sin averiguar si la moneda tiene efectivamente otra cara* (el derecho) o se halla en blanco (se posee sin derecho alguno de donde provenga nuestra posición)» (énfasis añadido).²³

Por ello, siguiendo el parangón del profesor, podemos afirmar que el tradicional procedimiento de tutela sumaria de la protección del art. 250.1.4 LEC protege la cara visible de la moneda sin averiguar si existe la «otra cara». El que posee algo tiene derecho a seguir poseyéndolo hasta que otro le venza en su posesión. Por ello, se ha calificado como un «derecho real provisional, transitorio»²⁴. El derecho a seguir poseyendo cede cuando el que tiene derecho a poseer o tiene un mejor derecho a poseer lo esgrime. Ahora bien, el proceso de tutela sumaria de la posesión no tiene como finalidad vencer en la posesión. Tiene el único objetivo de restituir una *situación de hecho* y reintegrar la posesión al que poseía —con independencia de que tuviera o no derecho a ello—. *El procedimiento de tutela sumaria no es el mecanismo para proteger la posesión como poder jurídico (ius possidendi); sino como situación jurídica (ius possessionis)*.

Estas consideraciones tienen una serie de repercusiones prácticas directas. Aquel que solicite la tutela sumaria de su posesión por medio del tradicional procedimiento del art. 250.1.4 solo debe probar: *(i)* que se hallaba en posesión o tenencia de la cosa; *(ii)* que ha sido despojado o perturbado en ella; *(iii)* que la tutela jurisdiccional se solicite antes de haber transcurrido un año; y *(iv)* la acreditación del llamado «*animus expoliandi*».²⁵

Por tanto, no es necesario aportar ningún título o documento que acredite un poder sobre la cosa. Solo es necesario acreditar —por cualquier medio admitido en Derecho— que se poseía algo determinado de lo que se fue despojado o sobre lo que se produjo un intento de despojo por alguien determinado.

²³ *Ibidem*, pág. 83.

²⁴ *Ibidem*, pág. 89.

²⁵ XIOL RIOS, J.A. (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia. I., Ley 1/2000, de 7 de enero*, cit., págs. 1379-1380. En el mismo sentido, MARÍN CASTÁN, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1379: «En consonancia con lo señalado para que la acción prospere son necesarios los siguientes requisitos [...] 1) Que el promovente acredite la posesión o tenencia de la cosa o derecho (es el *ius possessionis*) entendido como poder independiente de cualquier clase de titularidad o derecho que pudiera existir sobre la cosa a la que afecta esa situación de poder [...] 2) Que haya sido inquietado o perturbado en dicha posesión o tenencia [...] 3) Que se haya producido en verdad un acto un acto inquietador o se haya consumado el despojo [...] 4) Que la demanda se presente antes del transcurso de un año desde el acto que la motiva; 5) Que la acción tiende a proteger aquel poder de hecho sobre una cosa concreta y determinada, que ha de quedar perfectamente identificada». Igualmente es ilustrativa la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 155/2018 de 9 de marzo. F.J. 3.º [LA LEY 23746/2018]. La Sentencia de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 395/2017 de 23 de noviembre [LA LEY 199906/2017] es tajante al afirmar que: «El demandante *solo tiene ha de probar la posesión, nunca su "derecho a poseer"* y al demandado no se le permiten alegaciones "ex iure", quedando éstas reservadas al juicio declarativo plenario» (énfasis añadido).

El art. 439 LEC, que no ha sido suprimido o modificado por la reforma, es determinante en que «[n]o se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido *el plazo de un año* a contar desde el acto de la perturbación o el despojo». Esta norma, junto con la inexistencia de efectos de cosa juzgada, son las únicas especialidades del tradicional procedimiento de tutela sumaria de la posesión. «El precepto no es sino la prolongación procesal» de los arts. 460.4 y 1968.1 CC.²⁶

Esto, a su vez —y con algunos matices que posteriormente se desarrollarán—, convierte al art. 439 LEC en la sombra procesal de la denominada por la doctrina civilista como posesión espiritual. Cuando alguien es despojado de su posesión en contra de su voluntad durante un año el ordenamiento le considera poseedor a todos los efectos. Y es justamente dentro de este año cuando puede ejercitar aquellas acciones de tutela jurisdiccional dirigidas a restablecer su estado posesorio.²⁷ El art. 439 LEC no es más que el reflejo procesal de lo que se protege: el derecho a seguir poseyendo —la posesión como *hecho jurídico*—.

Así, quien es propietario de una cosa y es despojado por otra de su posesión, mantiene para el ordenamiento jurídico su condición de poseedor durante un año y durante ese año *como poseedor* podrá pedir el restablecimiento de *su* estado posesorio mediante el tradicional procedimiento de tutela sumaria del art. 250.4 LEC. Después de ese año, perderá su condición de poseedor y, por tanto, se le cierra este mecanismo procesal. A partir de entonces, para reclamar la tutela jurisdiccional de su derecho a poseer —*ius possidendi*— deberá usar otras vías procesales: si existe algún derecho real inscrito, podrá recabar su efectividad a través del proceso del art. 250.1.7 LEC o a través de un juicio declarativo plenario ejercitando cualquier acción que a su derecho conviniera.

2. El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018 ¿es una modalidad del tradicional procedimiento de tutela sumaria de la posesión o es un nuevo procedimiento?

La pregunta es clara y de la respuesta se derivará si lo que protege el nuevo proceso es el derecho a seguir poseyendo (*ius possessionis*) o el derecho a poseer (*ius possidendi*), con consecuencias directas en la legitimación activa y en la aplicación del plazo legal de un año establecido en el art. 439 LEC.

²⁶ MARÍN CASTÁN, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 2118. En el mismo sentido, CORDON MORENO, F., ARMENTA DEU, T., *et al.* (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I*. 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, pág. 1846: «[L]as demandas de retener o recobrar la posesión, que han de interponerse bajo sanción de inadmisión, dentro del plazo de un año desde que se consumó la perturbación o el despojo, porque según el art. 460.4ª CC, el poseedor puede perder su posesión “por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”». Y XIOL RIOS, J.A. (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero. I.*, cit., pág. 1380.

²⁷ Díez-Picazo, L. Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen III (Tomo I)*, cit., pág. 116.

Como se ha apuntado antes, la Exposición de Motivos de la Ley parece clara: la reforma «adecua y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión».²⁸ Se da a entender así que es lo mismo pero adaptado a una circunstancia concreta (i.e. la ocupación ilegal de viviendas) que merece un tratamiento procesal distinto. Y es que, aunque la Proposición de Ley pretendía incluirlo como un procedimiento autónomo de desahucio en el art. 250.1.2 bis LEC, finalmente se incluyó en el art. 250.1.4 LEC —véase: como parte del mismo ordinal y no como un independiente art. 250.1.4 bis LEC—. ²⁹

Resultan de interés las reflexiones del magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo D. Ignacio Sancho Gargallo en su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados que, con competencia legislativa plena, se dedicó a la tramitación parlamentaria de la Ley. En concreto, decía que lo que se proponía era «un procedimiento sumario de recuperación de la posesión [...] estamos en un interdicto de recuperar la posesión, porque en última instancia eso es lo que se pretende [...] si se reconduce al interdicto, la ventaja que tiene es que se protege quien posee, a *quien ha estado en posesión del bien*, ya sea directamente o a través de otros [...] El procedimiento que ustedes han presentado es como un líquido; yo lo bebo... y me sabe a interdicto».

³⁰ Ahora, ¿esta consideración se adecua con lo dispuesto en el texto de la Ley? Y, en su caso, ¿qué problemas aplicativos podría tener?

VII. LEGITIMACIÓN ACTIVA: SUPUESTOS DUDOSOS

Hemos sostenido que por su naturaleza y por su posición sistemática en la LEC el proceso introducido en la Ley es una adaptación o modalidad del tradicional procedimiento de tutela sumaria de la posesión. Y, por tanto, que protege la posesión como hecho jurídico (*ius possessionis*) frente a cualquier ocupación ilegal de viviendas.

Ahora bien, de conformidad con el modificado art. 250.1.4 LEC podrán pedir la tutela sumaria «la persona física que sea propietaria o *poseedora legítima por otro título*». *A sensu contrario*, y según el tenor literal de la norma, este procedimiento no podrá ser utilizado por cualquier poseedor que carezca de título. Es más, tampoco podría ser

²⁸ Comparecencia de D. Ignacio Sancho Gargallo en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados., núm. 250, 6 de junio de 2017, págs. 11-17.

²⁸ Exposición de Motivos Ley 5/2018, de 11 de junio [LA LEY 9487/2018].

²⁹ El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó la Enmienda 7 por la que solicitaba su inclusión en el art. 250.1.4 LEC. La justificación era clara «[s]e propone un cambio de ubicación, de manera que se añada un nuevo párrafo al número 4.ª del artículo 250.1 LEC, *que es la que trata de la tutela interdictal*» (énfasis añadido). Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B. Núm. 78-4. 29 de septiembre de 2017, pág. 6.

³⁰ Debemos destacar que cuando se produjeron estas comparecencias (27 de junio de 2017) la Proposición de Ley contemplaba la inclusión de este mecanismo en el art. 250.1.2 bis LEC. Esto es, como un procedimiento de desahucio por precario. No es esta el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia cuando se incorpora, como finalmente fue, en el art. 250.1.4 LEC. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 30 de abril de 2018. Núm. 78-5. pág. 1.

utilizado por cualquier poseedor legítimo que carezca de un título *documentado*. Esto parecería reafirmarse por el hecho de que a la demanda se *debe* acompañar, según el art. 437.3 bis LEC «*el título en que el actor funde su derecho a poseer*». Además, la contestación a la demanda puede fundarse en «la existencia de *título suficiente* [...] o la *falta de título* por parte del actor» (art. 444.1 bis).³¹ Entonces ¿qué protege este procedimiento: el derecho a poseer o la mera posesión como situación de hecho?

Si atendemos a la definición civil clásica, el precarista civil es todo aquel que disfrute de una cosa *sin título*, sin pagar meced por voluntad de su poseedor o sin ella (STS 22 de octubre 1987). Pensemos en el siguiente supuesto de hecho. A se va a vivir a Alemania un tiempo y cede en precario un piso en Madrid a su sobrino B. Si durante el tiempo en el que B disfruta de la vivienda, sufre una ocupación ilegal ¿puede B acudir a este nuevo mecanismo de tutela sumaria de la posesión? Para nosotros la respuesta es negativa. Si posee como precarista no podrá aportar título alguno para fundar su derecho a poseer, ya que, por definición, posee *sin título*.³²

Otro ejemplo. A lleva unos años poseyendo a título de dueño. Su posesión es pacífica, pública y de buena fe y, por tanto, apta para conseguir la usucapión del bien —*possessio ad usucapionem*—. Si A sufre una ocupación ilegal de su vivienda ¿con base en qué título va a solicitar la tutela jurisdiccional de su posesión? ¿Podrá A recabar la tutela jurisdiccional a través del ejercicio de una acción publiciana pero no a través de este nuevo mecanismo?

Parece, por tanto, que como consecuencia de la regulación legal, el proceso está restringido solamente a aquellos que tienen un derecho a poseer fundado en el derecho de propiedad o en algún otro título documentado. Sin embargo, ¿sigue siendo necesaria una posesión previa—como hecho jurídico— o es suficiente que se tenga el derecho a poseer la vivienda? Se muestra de interés el debate legislativo llevado a cabo en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados que transcribimos al pie.³³

³¹ Una vez más, esta parece una situación poco probable en la práctica. Si el actor no tiene un título documentado en el que fundar su derecho a poseer, la demanda tendría que haber sido inadmitida (art. 437.3 bis en relación con el 403 LEC [LA LEY 58/2000]).

³² Desde luego, no negamos que en este ejemplo A mantenga una posesión mediata a través de B. Por lo que, en abstracto, A podría sí podría utilizarlo. No obstante, no nos parecería correcto jurídicamente afirmar que el título que legitima la posesión de B es el título de propiedad de A; pues entonces, sería errónea la definición de precario tradicionalmente formulada.

³³ Podríamos pensar en algunos casos de laboratorio propios, pero preferimos transcribir unas líneas de la comparecencia de D. Ignacio Sancho Gargallo. Haremos uso de la herramienta de interpretación reconocida en el 3 del CC [LA LEY 1/1889].

Intervención de la Sra. Ciuró I Buldo [...]

«La segunda pregunta tiene que ver con el interdicto. Cuando se habla de *perturbar un estado posesorio previo*, se nos antoja que no siempre esto queda bien recogido en la legislación actual, tal como está regulado el procedimiento de desahucio o procedimiento especial, porque sucede que *no siempre existe un estado posesorio previo*. Puedo comprender y compartir la posición civilísima, pero habrá que tener en cuenta, por ejemplo, el hecho de tener una segunda vivienda adquirida ex novo, como ha sucedido en Llagosta, donde un grupo de propietarios, después de *haber comprado una vivienda y no habiéndola*

Si ponemos en relación la naturaleza del procedimiento (*vid. supra*) y el tenor literal de la Ley, la legitimación activa corresponde únicamente a aquellos poseedores que tengan un derecho a poseer derivado de algún título documentado. O, con otras palabras, a aquellas personas con derecho a poseer que acrediten una situación posesoria previa.

Ante esta conclusión tenemos dos vías interpretativas posibles. La primera es defender que la medida cautelar anticipatoria que el proceso prevé justifica una restricción de la legitimación activa a aquellos que tenían un estado posesorio previo y que acrediten el derecho a poseer: utilizando el ejemplo del profesor Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, exigir que se acrediten las dos caras de la moneda (*vid. supra*). La segunda es realizar una interpretación expansiva —realmente dudamos si no estaríamos ante una interpretación *contra legem*— y entender que puede acceder a este mecanismo cualquiera que acredite una posesión previa y que sea privado de forma ilegal de su vivienda. Desde luego, creemos que del tenor literal de la Ley la solución que se impone es la primera.

VIII. ¿RESULTA DE APLICACIÓN EL PLAZO DE UN AÑO CONTEMPLADO EN EL ART. 439.1 LEC?

Hemos afirmado que el proceso introducido por la Ley es una adaptación del tradicional procedimiento de tutela sumaria de la posesión. Esta conclusión tiene dos consecuencias directas: la legitimación activa para hacer uso del nuevo mecanismo de tutela jurisdiccional regulado en la Ley y la aplicación del plazo de un año contemplado en el art. 439.1 LEC. Ahora nos proponemos comprobar si esto es así para, en su caso, reafirmarnos en nuestra conclusión. ¿Es aplicable el art. 439.1 LEC al nuevo mecanismo de tutela sumaria de posesión? Para nosotros la respuesta afirmativa es clara.

poseído nunca, se han encontrado con que no pueden entrar en la misma después de haber pagado los gastos de formalización de una escritura hipotecaria»

Intervención del Sr. Sancho Gargallo

[...] «Usted me ha planteado una objeción en la que no había caído, ha adquirido el bien y le han hecho entrega de él —hay que ver si la traditio habrá sido instrumentada a través de la escritura pública—, pero no ha llegado a ocupar el bien. Es una situación singular, habría que ver hasta qué punto la entrega del bien no supuso un inicio de posesión, aunque luego no continuara en la posesión. Ese es el único punto. Ahora, no sé si eso justifica separarlo de la posesión y, lo que es más importante, de la justificación de que ha estado en una posesión mediata o inmediata del inmueble. En este equilibrio de derechos *lo que justifica la agilidad y el carácter sumario de este procedimiento es la posesión de inmueble*. Aunque entiendo el problema, el que lo ha comprado como segunda vivienda y no hay llegado a ocuparlo e inmediatamente se encuentra con que alguien lo ocupa.»

No discutiremos si en el caso examinado existía una posesión civil —mediata o inmediata— que fuera consecuencia de la tradición espiritual. Lo que a nosotros nos queda claro es que por la naturaleza y finalidad del procedimiento de tutela sumaria de la posesión, es necesario que efectivamente exista una posesión previa.

También nos parecen clarificadoras la siguiente afirmación del magistrado de la Sala Primera «Distinta sería la especulación, lógicamente; quien tiene aquello cerrado, no lo ocupa, pasan los años y lo tiene simplemente cerrado. *Estas personas no estarían, lógicamente, garantizadas por este medio de recuperación de la posesión*» (énfasis añadido).

Comparecencia de D. Ignacio Sancho Gargallo en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados., núm. 250, 6 de junio de 2017, págs. 11-17.

En primer lugar, y una vez más, por una interpretación literal de la norma. El art. 439.1 LEC hace referencia a las «demandas que pretendan retener o recobrar la posesión». Por tanto, pese a que no se haga una remisión directa, indudablemente se está haciendo referencia al art. 250.1.4 LEC —precepto en el cual está incluido el proceso introducido por la reforma. Sería discutible si, incorporado en un ordinal distinto, este plazo también habría sido aplicable a este proceso. No obstante, tal como ha quedado la regulación de la LEC tras la reforma, su aplicación nos parece clara. Y es que, no lo olvidemos, lo que este mecanismo pretende es *recobrar la posesión* de una vivienda ocupada ilegalmente. Sucede solo que, por las circunstancias concretas que envuelven este fenómeno, se produce una adaptación del tradicional procedimiento de tutela sumaria de la posesión introduciendo una serie de especialidades procesales. Ahora bien, estas especialidades *ni desnaturalizan ni cambian la finalidad del proceso*.

Por otro lado, a nadie se le escapa que algunas de las razones por las que se consideraba que el tradicional procedimiento de tutela sumaria de la posesión no era efectivo era, justamente, por esta limitación del plazo. Siendo consciente de ello, y teniendo la oportunidad para hacerlo, el legislador no modificó el precepto. Expongamos algunos antecedentes del trabajo parlamentario.

El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó la Enmienda núm. 7 por la que proponía que se cambiara la ubicación sistemática del proceso del art. 250.1.2 bis LEC— como inicialmente se contemplaba en el la Proposición de Ley — al art. 250.1.4 LEC. La justificación es que este artículo «es [el] que trata de la tutela interdictal».³⁴ Ahora bien, sientos conscientes de que ello conllevaba su sometimiento a la limitación de un año contemplado en el art. 439.1 LEC se propuso, correlativamente, dos enmiendas dirigidas a modificar el referido art. 439.1 LEC³⁵ y 1968.1 CC.³⁶ Ambas enmiendas fueron

³⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B. Núm. 78-4. 29 de septiembre de 2017, pág. 6.

³⁵ Enmienda Núm. 9 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Se propone la adición de un apartado nuevo al artículo único, con la siguiente redacción: «Se modifica el artículo 439.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil con la siguiente redacción: “1. No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo, *salvo que se trate de la ocupación de una vivienda parte de ella a que se refiere el párrafo segundo del número 4.º del apartado 1 del artículo 250 de la presente Ley. En este último caso no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 460 4.º del Código Civil.*”» La justificación: «Mejora técnica. Al regularse este nuevo supuesto como una modalidad del interdicto de retener la posesión» (énfasis añadido). Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B. Núm. 78-4. 29 de septiembre de 2017, pág. 7.

³⁶ Enmienda núm. 16 «Se propone la adición de una nueva disposición final de modificación del artículo 1968.1.º del Código Civil, que tendrá la siguiente redacción: «Disposición final primera. Modificación del artículo 1968.1.º del Código Civil. El número 1.º del artículo 1968 del Código Civil queda redactado en los siguientes términos: “Prescriben por el transcurso de un año: 1.º La acción para recobrar o retener la posesión, *salvo que se trate de la ocupación de una vivienda o parte de ella por la persona física o entidad sin ánimo de lucro con derecho a poseerla que se haya visto privado de ella sin su consentimiento.*”» La justificación: «De mejora técnica. *En consonancia con la falta de limitación temporal de la acción posesoria en caso de ocupación ilegal de la vivienda* (nuevo artículo 439.1 LEC)» (énfasis añadido).

retiradas.³⁷

Las comparecencias en la Comisión de Justicia también son ilustrativas. En este sentido, el magistrado Ignacio Sancho Gargallo afirmaba que «romper el plazo de un año es lo que acabo de ver menos claro; yo lo limitaría a un año y, por tanto, me ajustaría al interdicto [...] Para mí —vuelvo a insistir— el plazo de un año es clave; romper el plazo de un año es desequilibrar».³⁸ Igualmente el profesor Bujosa Vadell «tal como opera en otros procesos monitorios, deberían limitarse con un plazo de caducidad de un año, por ejemplo. No veo mal el plazo de un año del 439.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».³⁹ El profesor Moreno Catena, consciente de la naturaleza del mecanismo que se pretendía introducir sostiene que «entiendo que es más próximo a un interdicto que a una acción de desahucio o a un procedimiento autónomo, habría que modificar al propio tiempo el plazo de prescripción de un año del Código Civil en materia de posesión para poder instar un procedimiento de esta naturaleza».⁴⁰

El art. 439.1 LEC, más que una extrapolación directa de los arts. 460.4 y 1968.1 CC, es un reflejo que nos permite entender y reafirmarnos en el objeto de protección del procedimiento de tutela sumaria de la posesión (*vid. supra*).

Se nos podría decir que no es de aplicación el art. 439.1 LEC ya que todo aquel que consigue la tenencia material de una vivienda ocupándola ilegalmente no obtiene la posesión. O, en todo caso, que obtiene una posesión injusta o viciada que no es apta para que el propietario anterior pierda su condición de poseedor tras el transcurso de un año. Nos encontramos ante el interesante debate de la interpretación conjunta de los arts. 444, 460, 1944 y 1968.1 CC. Desde luego, este no es el lugar para exponer la clásica discusión doctrinal en torno a la institución de la posesión (que además consideramos superado).

Para nosotros, resulta claro que aquel que es despojado en contra de su voluntad de su posesión mantiene la posesión espiritual como derecho a seguir poseyendo durante el plazo de un año. Y ello con independencia de que la privación de su posesión se realice de forma clandestina o violenta. Después de este plazo, si tenía derecho a poseer — *ius possidendi* — tendrá la posibilidad, desde luego, de acudir a cualquier procedimiento declarativo o, en caso de que ese derecho a poseer se derive de algún otro derecho inscrito

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B. Núm. 78-4. 29 de septiembre de 2017, pág. 10.

³⁷ Una de las razones por las que fueron retiradas es que, según parece desprenderse del Diario de Sesiones, se propuso un texto alternativo por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Sobre este texto se presentaron las enmiendas transaccionales y se originó el texto final de la Ponencia. Para una mayor profundización en la cuestión, se recomienda el estudio de la tramitación parlamentaria de la reforma en el Congreso de los Diputados.

³⁸ Comparecencia de D. Ignacio Sancho Gargallo en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados., núm. 250, 6 de junio de 2017, pág. 17.

³⁹ Comparecencia de D. Lorenzo Bujosa Vadell en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. núm. 267, 27 de junio de 2017, pág. 3.

⁴⁰ Comparecencia de D. Víctor Moreno Catena en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. núm. 267, 27 de junio de 2017, pág. 12.

en el Registro, al procedimiento de efectividad de derechos reales (art. 250.1.7 LEC). Ahora bien, con independencia de lo que se crea al respecto —por cuanto podría defenderse la posición contraria— creemos que esto no cambia nuestra conclusión respecto de la aplicación del plazo de un año contemplado en el art. 439.1 LEC.⁴¹

El procedimiento de tutela sumaria de la posesión es un mecanismo de tutela jurisdiccional. El art. 439.1 LEC no regula, ni pretende influir, en la dimensión jurídica material. La norma procesal, con la finalidad lógica y plausible de conseguir un equilibrio en el sistema, contempla el plazo de un año. No obstante, imaginemos, a los meros efectos dialécticos, que el art. art. 439.1 LEC contemplara que solo pueden hacer uso de este proceso de tutela sumaria aquellos que hayan sido despojados de su posesión en los últimos seis meses. ¿Ello equivaldría a que el actor pierde su condición de poseedor a los seis meses o, dicho en otros términos, el derecho a seguir poseyendo —el *ius possessionis*— solo se tendría durante seis meses? Desde luego que no. Este escenario significaría que durante ese plazo el justiciable podría acudir a este procedimiento de tutela sumaria y que, posteriormente, en caso de que a su derecho conviniera, tendría que acudir a los demás mecanismos de tutela jurisdiccional contemplados en el ordenamiento jurídico que sean aptos para conseguir la restitución de su estado posesorio.

En definitiva, al art. 439.1 LEC es un plazo procesal y no un plazo sustantivo. La norma no fija el plazo durante el cual una persona es considerada poseedor por el ordenamiento. *Lo que art. 439.1 LEC regula es el plazo temporal durante el cual el justiciable puede acceder a un mecanismo de tutela jurisdiccional específico.* Por ello, si el actor cree, por las razones que sea, que incluso pasado el plazo de un año sigue teniendo, no solo un derecho a poseer (*ius possidendi*), sino un derecho a seguir poseyendo (*ius possessionis*) —que creemos que no lo tendría— podrá hacerlo valer por el procedimiento pertinente

⁴¹ Para DIEZ-PICAZO «[l]a violencia o la clandestinidad no hacen que el poseedor que las sufre quede despojado de la posesión durante el plazo de un año (art. 460.4). Pero desde que cesa la violencia o clandestinidad, pasado ese plazo, se crea una posesión nueva con pérdida de la consideración del poseedor del que la tenía con anterioridad». En relación con el art. 460.4 CC [LA LEY 1/1889] señala que «La “posesión de otro” a la que alude el precepto debe ser una posesión incompatible con la que pueda perder el poseedor actual. Esta posesión, si es contra su voluntad, debe durar más de un año, lo cual significa que el antiguo poseedor a todos los efectos legales tiene esa consideración. De ahí que pueda ejercitar las acciones para el restablecimiento de su estado posesorio (el plazo de un año es precisamente el concedido por la ley para aquel ejercicio), y que, si estuviese usucapiendo la cosa, no interrumpe la usucapión». DIEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen III (Tomo I)*, cit., pág. 96 y 116. Para O’CALLAGHAN «la posesión injusta no inicia el plazo de tiempo de posesión hábil para usucapir; el poseedor despojado conserva la posesión como poder jurídico (al menos, durante un año), gozando de la protección posesoria; el poseedor injusto tiene posesión viciosa, limitada (injusta), pero posesión». Y en relación con el art. 460.4 CC [LA LEY 1/1889] sostiene que «no se refiere este caso al de posesión de otro, cedida voluntariamente, pues sería el caso del número 2 de este artículo 460. Se refiere a que una persona posea la cosa contra o sin la voluntad del poseedor actual y tal posesión se prolongue un año y un día (más de un año), lo que procede de la *Gewere* germánica en que se conservaba la *Gewere* ideal del despojado durante un año y concurda con la prescripción de la acción interdictal para recobrar o retener la posesión». O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil Tomo II. Derechos reales e hipotecario*, cit., págs. 193-199.

que a su derecho convenga. Pero desde luego, no a través del juicio verbal de tutela sumaria de la posesión regulado en el art. 250.1.4 LEC.

La cuestión tiene un interés jurídico mucho mayor. Con independencia de que el despojado pierda o no su derecho a seguir poseyendo —que creemos que lo pierde—, se discute si el despojante en caso de ser despojado a su vez de la tenencia material de la cosa podría utilizar el mecanismo de tutela sumaria de la posesión. Esto es, si el despojante engendra un derecho a seguir poseyendo o le es aplicable la llamada «excepción de despojo antecedente».⁴² Para nosotros, la actual redacción de la LEC, si no soluciona el problema en una dimensión jurídico-material, si lo hace en el ámbito práctico. El art. 250.1.4 LEC permite solicitar la tutela de la «tenencia o de la posesión». Por tanto, aunque alguien no tenga derecho a poseer algo e, incluso, aunque no tenga derecho a seguir poseyendo algo, la mera tenencia material de una cosa recibe una protección jurisdiccional mediante este proceso especial. La finalidad es clara: hay que reprimir la violencia y nadie puede recabar su posesión por sí mismo *en ningún caso*.⁴³

IX. CONCLUSIÓN

En resumen, por las situaciones que se pretenden tutelar y por su ubicación sistemática en la LEC el proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018 es una variante del (tradicional) interdicto de retener y recobrar la posesión (art. 250.1.4 LEC).

Por ello, no nos encontramos ante un proceso nuevo sino ante una adaptación que, como consecuencia de las concretas especialidades procesales que se contemplan —a saber: el régimen de notificaciones, la legitimación activa y pasiva y la medida cautelar— impone

⁴² LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al. Elementos de Derecho Civil. III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y Propiedad*, cit., pág. 42-43.

⁴³ Es especialmente clara la Sentencia de la Sección 13.^a de Audiencia Provincial de Madrid núm. 22/2018 de 19 de enero [LA LEY 10824/2018]: «Que a los efectos de la protección *interdictal resulta indiferente que la posesión sea reputada natural o civil*, que se tenga en concepto de dueño o en otro distinto, que se fundamente en un derecho real (dominio, usufructo, censo, prenda) o en un derecho personal (arrendamiento, comodato, depósito), o que carezca de fundamento alguno, como el caso del poseedor sin título. Es decir, *será poseedor interdictalmente protegido todo aquel sujeto que respecto de la cosa o derecho se encuentre en una aparente situación jurídica exteriorizada y dotada de autonomía, y por lo tanto que esa situación contenga el denominado "mínimo posesorio", de tal modo que incluso el precarista dispone de legitimación para interponer las acciones interdictales en orden a impetrar la consiguiente tutela en el sumario proceso posesorio*, a fin de lograr la reposición de las cosas a su situación anterior al despojo; y b) Que también conviene tener en cuenta, que en *el interdicto no se requiere que el actor deba acreditar la titularidad dominical, ni siquiera la adquisición legítima de la posesión, pues tal extremo es ajeno al proceso sumario, en el que basta demostrar la situación posesoria sobre la cosa o derecho sobre los que pretende o interesa la tutela interdictal. Por lo que se refiere al demandado, no le está permitido la alegación de su mejor derecho a poseer, que es problema específico del debate ordinario. Tampoco puede excepcionar la posesión viciosa del actor. Únicamente puede montar su defensa negando el hecho de la posesión en el demandante, como situación puramente fáctica*; o rechazar la concurrencia de ilicitud en el acto supuestamente lesivo, alegando por ejemplo que la desposesión se basa en un proveído judicial (ejecución de sentencia o mandamiento de embargo) y siempre que la resolución judicial no deje el más mínimo resquicio de duda, de que comprende a la cosa o el derecho que ha sido objeto de desposesión» (énfasis añadido).

la exigencia de que se acredite una posesión previa y un derecho a poseer con base en un título legítimo acreditado documentalmente.

Asimismo, y con independencia de la dimensión jurídico material, este proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas solo podrá ser utilizado en el plazo de un año desde el despojo de la posesión (439.1 LEC).