

1.3. Derechos Reales

El interdicto de obra nueva y sus diferencias con las acciones para la tutela sumaria de la posesión

The interdict of new buildings and its differences with actions for summary protection of possession (injunctions)

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Titular acreditada de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: El otrora interdicto posesorio nació —y así continúa— como una acción rápida y sumaria recuperatoria sin prejuzgar ni entrar a analizar el título en virtud del cual se poseía frente al despojante. Es/era una acción eminentemente posesoria, bastando el poseer y ser perturbado o privado en la posesión para interponerla y recuperar la posesión pacífica. Cuando la perturbación en la posesión se debe a una obra o construcción, se plantea si es procedente interponer un interdicto de retener o un interdicto de obra nueva. Analizamos a la luz de la jurisprudencia más reciente sus diferencias y tratamos de resolver esa cuestión. Igualmente, nos detenemos en el examen de los distintos presupuestos entre el interdicto de obra nueva y el de obra ruinosa.

ABSTRACT: *The former injunction was born as a quick and summary recovery action without prejudging or analyzing the title by virtue of which it was owned against the dispossessor. It is/was an eminently possessive action, possessing and being disturbed or deprived of possession being sufficient to interpose it and recover peaceful possession. When the disturbance in possession is due to a work or construction, the question arises as to whether it is appropriate to file an injunction to retain or a new construction injunction. We analyze their differences in light of the most recent jurisprudence. Likewise, we stop at the examination of the different assumptions between the interdict of new construction and that of ruinous construction.*

PALABRAS CLAVE: interdicto posesorio, obra nueva, obra ruinosa, posesión, juicio verbal.

KEYWORDS: *injunction, new construction, ruinous construction, eviction, possession, verbal trial.*

SUMARIO: I. LAS ACCIONES POSESORIAS.—II. LOS INTERDICTOS POSESORIOS. II.1. ACCIONES PARA LA TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN ANTE UN DESPOJO O PERTURBACIÓN. II.2. INTERDICTO DE OBRA NUEVA.—III. DIFERENCIAS ENTRE EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA Y OTRAS ACCIONES INTERDICTALES. III.1. INTERDICTO DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DE RETENER. III.2. INTERDICTO DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DE OBRA RUINOSA.—IV CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS ACCIONES POSESORIAS

La posesión está protegida específicamente en nuestro Código Civil. Es cierto que la defensa de la posesión es más débil que la de otro derecho real, pues la posesión claudica ante otra posesión basada en un mejor título, pero, a pesar de ello, la posesión está protegida. Así lo dispone el art 446 CC “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen”.

Los medios de defensa posesorios son siempre judiciales, no se dejan a la voluntad del poseedor perturbado (art. 441 CC¹), y sirven para restablecer o amparar la posesión. Los más típicos son los antiguamente denominados interdictos de retener y recobrar (hoy acciones de tutela sumaria de la posesión²), la acción de desahucio, los interdictos de obra nueva, de obra ruinosa, la acción real registral del art. 41 LH y la acción publiciana, esta última en menor medida y algo discutida por la doctrina en cuanto a su existencia real y autónoma.

Vamos a centrarnos en los denominados —antiguamente— “interdictos”, sean de recobrar, retener o de obra nueva o ruinosa, para exponer en qué consisten, y cuáles son sus principales diferencias a través de la jurisprudencia más reciente que ha ido perfilando sus requisitos de aplicación. Todos ellos se tramitan a través del juicio verbal y están contemplados en el art. 250.1 LEC, que recoge el ámbito del juicio verbal, en concreto en sus apartados 4 para los interdictos posesorios (tutela sumaria de la tenencia de la posesión cuando haya sido despojado o perturbado en su disfrute), 5 para el interdicto de obra nueva (Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva) y 6 para el interdicto de obra ruinosa (Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande).

II. LOS INTERDICTOS POSESORIOS

II.1. ACCIONES PARA LA TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN ANTE UN DESPOJO O PERTURBACIÓN

Las acciones para la tutela sumaria de la posesión ante un despojo o perturbación, los interdictos, provienen del derecho romano, como peculiares medios de

protección jurídica extrajudiciales, en virtud de los cuales, un particular lograba la tutela de una situación de hecho, consiguiendo que un magistrado emitiera una orden, un mandato de carácter administrativo o de policía en el que ese magistrado se limitaba a decir que se hiciera o no alguna cosa.

El fundamento de los interdictos, como ya hemos dicho, está en el art. 446 CC, donde se establece el derecho a la defensa de todo poseedor, que se basa en el derecho a seguir poseyendo, es decir, en el hecho posesorio como contacto físico. Por tanto, con independencia que se tenga o carezca del derecho a poseer una cosa, la ley protege a todo poseedor, por el hecho de serlo, contra cualquier perturbación o despojo de que sea objeto, por parte de otra persona (incluso si ésta es quien tiene derecho a la posesión de la cosa) que, prescindiendo de la intervención de los Tribunales, ataque por su propia cuenta la posesión de aquél. También se justifican en el art. 441 CC, que recuerda que “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello”. Como recuerda la STS 28 febrero 2022, los interdictos posesorios “se ordenan según el art. 250.1. 4º LEC, a la pretensión de “la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”. Por tanto, la posesión que se ampara por la ley no sólo es la jurídica, sino también aquella que proviene de la mera tenencia de la cosa o del derecho. Se trata de supuestos de tutela sumaria de la posesión como hecho (*ius possessionis*) sin analizar el derecho o título a poseer (*ius possidendi*).

Se tramitan a través del juicio verbal, y con carácter sumario en general, por eso la LEC los recoge en el art. 250 destinado al juicio verbal, con una tramitación rápida y breve, pues se limitan a debatir sobre la cuestión posesoria. De esta forma, el litigio versa exclusivamente sobre el hecho posesorio y, en consecuencia, la sentencia que recaiga no tendrá efectos jurídicos definitivos (art. 447.2 LEC).

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en varias ocasiones, afirmando que las acciones de tutela sumaria de la posesión no prejuzgan el mejor derecho a poseer, como por ejemplo en la STS 7 julio 2016: “Se trata de «un simple proceso sumario en el que no se deciden definitivamente cuestiones de propiedad o de mejor derecho a poseer, reservadas para su posterior juicio declarativo, dado que basta para otorgar al actor la protección interdictal con la existencia de una apariencia razonable de titularidad como “*fumus bonus iuris*”, por cuanto es suficiente tal apariencia para que se mantenga el “estatus quo” que el demandado ha pretendido alterar”. Ya que como recogía la STS 21 abril 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... viniéndose de este modo a prohibir aquellos actos de los particulares que unilateralmente, y por su propio poder, quieran imponer por propias vías de hecho, desentendiéndose de los instrumentos jurídicos y de los cauces jurisdiccionales que todo Estado de Derecho concibe y habilita, pues la apariencia posesoria debe ser absolutamente merecedora de respeto y toda destrucción de la misma ha de consumarse acudiendo a los medios jurídicos que el derecho proporciona»³.

El art. 250.1. 4º LEC alude a dos interdictos: el interdicto de retener y el interdicto de recobrar la posesión.

Para que puedan tener lugar este tipo de acciones, debe de haberse producido un despojo (para el interdicto de recobrar) o una perturbación en el disfrute de la posesión (para el de retener). Sin embargo, a veces, es difícil distinguir entre situación de perturbación o despojo, y por ello, se permite calificar un hecho de perturbación e iniciar interdicto de retener, pero solicitar alternativa o subsidiariamente el de recobrar, caso de apreciarse cosa distinta por el juez, y con la finalidad de evitar la inadmisión de la demanda.

Tradicionalmente, el TS ha configurado cuáles son los requisitos que deben darse y cumplirse para admitir a trámite la demanda interdictal y que ésta prospere, baste ver, entre muchas otras, la STS 15 diciembre 2020⁴. Son los siguientes:

1. Hallarse el demandante en la posesión efectiva de la cosa o tenencia del derecho.

La legitimación activa es amplísima, el art. 446 CC la concede a todo poseedor. Por tanto, es indiferente si la posesión es natural o civil, en concepto de dueño o no, se trate de un poseedor mediato o inmediato, titular de un derecho real o no, personal o carente de fundamento alguno, siempre y cuando se dé la situación fáctica de contacto con la cosa que produce el derecho a seguir poseyendo. Sí parece necesario que llegue a adquirir una posesión autónoma e independiente del anterior.

Por tanto, puede interponerse el interdicto por un: propietario, poseedor a título de dueño, usufructuario, titular de una servidumbre, enfiteuta, acreedor pignoraticio, arrendatario, depositario, comodatario, etc.

Los coposeedores están legitimados activamente, siempre que accionen para la comunidad. El arrendatario, por supuesto, podrá interponer los interdictos contra el arrendador y terceros, porque el art. 1560 CC parece que dice que el arrendador no está obligado a responder frente al arrendatario, a defenderlo frente a perturbaciones de terceros. Es un artículo de régimen interno, no está obligado, pero, si quiere, como poseedor mediato puede hacerlo. También está legitimado el heredero del anterior poseedor, una vez que haya adquirido por la vía hereditaria, por la posesión civilísima. Asimismo, está legitimado el que posee con violencia (el despojante del art. 460.4 CC).

Pero, por el contrario, no es poseedor y no puede interponer interdictos el mero servidor de la posesión.

2. Que la acción se dirija contra quien haya perpetrado el despojo/perturbación.

Los interdictos se ejecutan contra el que haya sido el autor efectivo o material del despojo o perturbación. A esto hay que añadir a quienes colaboren en ello de manera relevante, a cuyo efecto la jurisprudencia distingue entre los autores materiales y los meros servidores en la ejecución, que se limitan a seguir las instrucciones del tercero por cuya cuenta obran.

3. Que exista verdadero despojo/perturbación.

Que haya sido efectivamente despojado, lo cual implica la concurrencia de: a) Acto material de desposesión; es decir, que exista un efectivo desplazamiento posesorio. Si se trata de una perturbación, esta igualmente ha debido de producirse realmente y causar molestias al poseedor; es decir, impedir, molestarle en

su pacífica posesión. b) Elemento intencional o subjetivo que implica el *animus spoliandi* y despojo ilícito.

El *animus spoliandi* es ese elemento intencional o voluntario en el despojo, en la desposesión. ¿En qué consiste?

Antes se identificaba ese ánimo de expoliar, con el dolo, es decir, con la intención de causar un daño que perjudique al despojado.

Hoy esto está superado y el *animus spoliandi* no supone desde luego dolo, pero tampoco culpa. El *animus spoliandi*, esa “intención”, debe ser objetiva, es decir, tendente a producir una alteración del estado de hecho posesorio y no la intención subjetiva de causar daños. Basta, hoy, para que haya *animus spoliandi*, con la conciencia y la voluntariedad de lo realizado, prescindiendo de toda indagación acerca de un ánimo específico. Por tanto, basta con el conocimiento de que se vulnera la posesión de otro. De esta forma, estaríamos ante una actuación voluntaria, teniendo conciencia de que se priva a otro de su situación posesoria (no necesita ni siquiera la mala fe).

Resulta indicativo de esta intención el comportamiento dirigido consciente y deliberadamente a interrumpir la posesión, aunque el móvil de la conducta del demandado sea diverso, incluso bueno, ya que no es necesaria la voluntad de perjudicar al poseedor, pues esto impediría casi todas las pretensiones de acciones posesorias de interdictos, porque pocas veces se quiere perjudicar con el despojo.

Supone, entonces, un arbitrario actuar de propia mano que se traduce en una alteración externa de la situación fáctica anterior.

Antes, la antigua LEC (art. 1651) exigía esa “intención de despojar”⁵, pero hoy el art. 250.4 LEC solo habla de resultado tanto en caso de que haya sido despojado o perturbado.

Por otra parte, la necesidad de que el despojo sea ilícito implica que no sea lícito; es decir, será lícito el despojo cuando se posea por actos tolerados (art. 444 CC) o con consentimiento del anterior poseedor, o si el despojo implica el cumplimiento de un deber: la ejecución de un mandato emanado de autoridad competente.

El despojo, entonces, además de una desposesión consumada ha de ser ilícito, no basta muchas veces una desposesión objetiva.

Muchas veces la licitud del despojo se mezcla y confunde con el *animus spoliandi*. Así, a veces, se consideran que son lícitas determinadas conductas por no darse en ellas el *animus* de despojar, y sin embargo no lo son. La diferencia, aunque sutil, existe y si el despojo es lícito, no hay interdicto, y el juez no entra a juzgar la intención.

4. Que la acción se interponga antes de un año del despojo o perturbación: caducidad (art. 439.1 LEC)

El plazo para ejercitarlo es de un año, a contar desde el acto que ocasione la demanda (art. 439.1 LEC). Se trata de un plazo de caducidad, perentorio, que debe examinar de oficio el juez cuando se le presente la demanda. La caducidad da lugar a la inadmisión a trámite de la demanda (art. 439.1 LEC).

Una vez que se admite y prospera el interdicto o acción de tutela sumaria de la posesión, deberá devolverse la posesión indebidamente arrebatada al demandante (si era de recobrar), o se ordenará el cese de la perturbación o molestia (si

era de retener). En ambos casos, la sentencia no producirá efecto de cosa juzgada, y podrá volver a iniciarse un procedimiento con base en el mejor título a poseer.

II.2. INTERDICTO DE OBRA NUEVA

Dentro de los antiguos interdictos, encontramos otra acción posesoria, que se denomina interdicto de obra nueva. Tiene por objeto obtener la suspensión de una obra que se encuentra en construcción y que, por tanto, no está terminada, y produce o puede producir un perjuicio en la posesión del demandante. Es decir, se pretende paralizar una obra iniciada y no terminada, ante el temor o realidad de que la misma produzca un daño o perturbación en la posesión de una cosa.

El elemento fundamental en este procedimiento es la existencia de un daño, o el temor a que se produzca, configurado como la perturbación de una titularidad jurídica con una manifiesta incidencia económica, cuya prueba incumbe al actor.

La STS 12 noviembre 2009 entiende que el interdicto de obra nueva “consiste en el derecho que tiene un poseedor para suspender una obra que se encuentra en construcción, de modo que lo que se quiere evitar es impedir que con la construcción de la obra nueva continúe una perturbación de la posesión, lo que puede presentar algunas coincidencias con la acción de retener o de recobrar la posesión”. La más reciente STS 28 febrero 2022 confirma esta idea, asegurando que mediante el interdicto de obra nueva “se pretende dar amparo legal a quien se considera lesionado en su posesión, propiedad u otro derecho real, como consecuencia de la ejecución de una obra nueva, que altera una situación fáctica consolidada, con mutación del estado de cosas anteriormente existente, generador de un daño o perjuicio, ya producido, pero susceptible de incrementarse si prosigue la obra, o de inmediata y más que probable consumación que, por la urgencia de prevenirlo, exige una inmediata actuación judicial, decretando la suspensión de la novedosa obra, hasta que se dirima, en un procedimiento plenario posterior, la bondad de la misma; o dicho de otra forma, su adecuación a Derecho.

En definitiva, por medio de estos juicios especiales, se da traducción jurídica al principio romano reflejado en el Digesto: *Melius etenim et, intacta eorum iura servare, quam pos causam vulneratam remedium quarere*, es decir, es mejor consejo prevenir el mal, antes que, ocurrido, repararlo.”

Este interdicto se encuentra regulado en los arts. 250.1. 5º, 441.2 y 447 LEC y, como ya hemos dicho, se tramita, mediante juicio verbal, con la sumariedad que le caracteriza; es un procedimiento declarativo especial y sumario.

La presentación de la demanda provoca que el juez requiera al dueño de la obra la paralización de la misma y la demolición de lo que se continúe construyendo; ahí radica la importancia de esta acción.

Por tanto, consiste en una medida aseguratoria por cuanto se adopta de oficio y de forma necesaria. Puede evitarse presentando caución para continuarla; la caución se presentará en la forma prevista en el párrafo segundo del art. 64.2 LEC.

Tras el juicio verbal, el juez dicta sentencia en la cual ratifica o no la suspensión de la obra paralizada a su inicio. En uno y otro caso las partes pueden acudir al declarativo que corresponda.

El carácter cautelar y preventivo de esta acción la define, dotándole de una naturaleza jurídica peculiar que la diferencia, como luego veremos, de otras acciones posesorias. La STS 18 junio 2007 recuerda esta especial naturaleza del interdicto de obra nueva diciendo que “no puede obviarse la finalidad preferentemente cautelar y precautoria del interdicto de obra nueva, que, como señala la Sentencia de 26 de mayo de 1995, “persigue una defensa posesoria consiguiente a un ataque a la posesión causado por una obra nueva, aunque con ello se proteja también la propiedad u otros derechos reales, pero no con base en una reclamación real o reivindicación de los mismos”⁶.

Los requisitos para que prospere un interdicto de obra nueva son:

- a) Que se realice una obra (construcción, excavación, obra, etc.), que ocasione una alteración del estado previo de las cosas. La STS 28 febrero 2022 entiende que “una obra nueva, que no es sinónima de una construcción de nueva planta, sino que abarca excavaciones, perforaciones u otras obras semejantes, que alteran el estado de hecho de las cosas, entre las que encontraría cobijo las llevadas a cabo por los demandados, al dar a las tierras poseídas un destino agrario mediante su preparación o roturación en curso, que impide el pastoreo del ganado del demandante bajo régimen de ganadería extensiva”. Como sigue afirmando esta sentencia, la obra nueva son todo tipo de “trabajos innovativos, de cierta entidad y relevancia”, sin que deba identificarse en todo caso con una construcción, lo cual sería un error; cabiendo en dicho concepto otras alteraciones relevantes como las indicadas⁷.
- b) Que esa obra ocasione, y como directa consecuencia de ella, un daño patrimonial en el derecho o, al menos, perturbación en la situación posesoria del actor; o el temor fundado de que va a causarlo. Insiste en el daño y perjuicio económico que debe causar la obra nueva, la STS 28 febrero 2022, y es frecuente que la jurisprudencia subraye la necesidad de que se produzca una perturbación o alteración posesoria por la obra nueva⁸. De igual forma, conviene subrayar que no solo el daño ya realizado sino que el temor fundado a causar ese daño es también presupuesto de esta acción, como dice STS 9 febrero 2009: “Esta Sala acepta los razonamientos de la sentencia de instancia y declara que la obra debe causar daños, ya producidos o potenciales, para la parte demandante; basta con que la obra no esté terminada y que se dé un perjuicio racional con la realización de la obra en la posesión del derecho de propiedad u otro derecho real de aquélla.” En sentido muy parecido, la STS 15 diciembre 2020 observa que “En el ámbito de la perturbación posesoria se incluye no sólo la que tiene un efecto material actual, sino que también comprende todo acto o conducta que manifieste la intención de inquietar o despojar al poseedor, de forma que éste tenga fundados motivos para creer que será inquietado o perturbado”. En consecuencia, “la perturbación de la posesión puede venir, por tanto, no solo de actos materiales, sino también de meras expresiones verbales (*turbativo verbis*)”, “siempre que se concreten en actos o expresiones exteriores, precisos y claros, conducentes a la privación, total o parcial, del goce de la cosa poseída o en la alteración del

status anterior que se pretende restaurar a través de la acción de protección sumaria de la posesión”

- c) Que dicha obra no esté terminada⁹, ya que, en caso contrario, carecería de finalidad el interdicto. Y que, a la vez, se trate de una obra de importancia, entidad y envergadura suficiente y que su ejecución no sea rápida o efímera (STS 28 febrero 2022), pues, si lo fuera (obra pequeña, efímera y sin importancia), probablemente no procedería esta acción, sino un interdicto de retener¹⁰.

Como bien resume la STS 9 febrero 2009, lo relevante para que triunfe esta acción es que se den dos presupuestos: “la realización de una obra material en la propiedad del demandado o del demandante que no se haya terminado y que provoque daño en la posesión del derecho de propiedad u otro derecho real ya producido o potencial, habiendo relación de causalidad entre el primero y el segundo.” Siendo, por tanto, indiferente donde se produzca el daño (en propiedad del demandante o demandado) y qué derecho resulte afectado en su posesión.

Legitimación activa y pasiva: La acción puede interponerse por cualquier persona que considere que la nueva obra le va a perjudicar en su posesión. No es necesario que el demandante acredite la posesión (diferente al interdicto de retener y recobrar), y esto históricamente se explica porque se concedía el interdicto a todo aquel que resultaba perjudicado por la obra hecha en suelo del demandado, por tanto, el demandante no pretendía recuperar la posesión, solo destruir la molestia.

Con respecto a la legitimación pasiva, corresponde al dueño o titular de la obra que se trata de impedir o a aquel por cuya cuenta y orden se hace la obra.

III. DIFERENCIAS ENTRE EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA Y OTRAS ACCIONES INTERDICTALES

III.1. INTERDICTO DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DE RETENER

Ambas acciones, como ya hemos dicho, son acciones en defensa de la posesión y, en determinados supuestos, pueden parecer muy similares. Sobre todo, pueden generarse dudas de cuál es la acción que procede interponer ante un determinado supuesto de hecho de molestia o perturbación posesoria. Cuando esa obra nueva produzca molestias que dificulten o alteren la situación posesoria previa, podemos dudar de si es procedente el interdicto de obra nueva por ser esta la causa de la perturbación, o bien el “interdicto” de retener que procede precisamente en estos casos de molestias posesorias¹¹.

Es decir, parece que el interdicto de obra nueva trata de impedir una perturbación futura o reprimir una perturbación ya existente consecuencia de una obra, al igual —o de forma similar— que lo pretende el de retener. Nos preguntamos, entonces, si será una peculiar forma del interdicto de retener; o, si siendo distintos, el demandante puede elegir interponer uno u otro.

La doctrina jurisprudencial entiende que no son equivalentes, ni pueden interponerse a libre elección del perjudicado, ya que la tutela y resultado que pretenden ambas acciones es bien distinto: el interdicto de retener pretende la reposición de la posesión al demandante lo que implica la paralización o demolición de la obra

molesta, dejándose a un juicio posterior la legitimidad o no del derecho a poseer y por tanto justificación de tal molestia; mientras que el interdicto de obra nueva tiene como resultado la confirmación o denegación de la paralización cautelar de la obra nueva solicitada, sin que se ordene la demolición o reposición de las cosas al estado inicial del inicio de la perturbación.

La STS 28 febrero 2022 lo concreta de este modo: “En efecto, en el caso del juicio de la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellos (art. 250.1.4 LEC), la ejecución de la sentencia estimatoria determina la inmediata reposición posesoria del actor, dejando para el juicio plenario posterior la discusión, y correlativa decisión judicial, sobre el mejor derecho de las partes a la posesión definitiva de la cosa o derecho controvertido objeto del proceso; mientras que, en el supuesto del juicio sumario de suspensión de obra nueva (art. 250.1.5° LEC), el acogimiento de la demanda genera, como única consecuencia jurídica, la ratificación de la suspensión ya acordada, discutiéndose en el declarativo posterior el derecho a la demolición de la obra o a continuarla hasta su conclusión, con plena cognición judicial, así como con las garantías que ofrece todo juicio plenario frente al sumario anterior.

Pues bien, sobre tal cuestión, constituye un consolidado criterio el que viene sosteniendo que, cuando el elemento agresor a la posesión ajena sea una construcción u obra nueva, no queda a disposición del perjudicado la elección de la clase de acción, que debe ser ejercitada, sino que la procedente es la que brinda el art. 250.1 5° LEC, solicitando su suspensión provisional.”

Es decir, y como repiten las SSTs 28 febrero 2022 y 16 enero 2023, “no tienen los poseedores un *ius electionis* (derecho a elegir) incondicionado, a los efectos de optar libremente sobre la clase de tutela de la posesión que podrán instar ante los tribunales de justicia, sino que rige al respecto el criterio de especialidad, y si de una obra nueva de entidad se trata, será la acción del art. 250.1 5° de la LEC, la que debe ser interpuesta”.

Y la razón de la imposibilidad de elección y de “mimetismo” de ambas acciones se encuentra precisamente en su diferente justificación y pretensión, como sigue diciendo la STS 28 febrero¹²: “La razón que justifica una decisión de tal clase viene determinada por el interés jurídico de impedir las indeseables consecuencias de tolerar la continuación de la obra, en su proyección natural, a la vista, ciencia y paciencia del demandante, para luego promover un juicio sumario, de cognición limitada al simple hecho posesorio, sin eficacia de cosa juzgada (art. 447 LEC), para interesar la demolición de lo construido, o el sometimiento a la contraparte a una transacción injusta, mediante el ejercicio de un acción al amparo del art. 250.1 4° de la LEC, cuya prosperabilidad determinaría la reposición de la situación existente, antes del despojo sufrido, mediante la demolición de la nueva obra, con la posibilidad cierta de que, en un ulterior juicio declarativo sobre el mismo objeto, se otorgase la razón al titular de aquella, mediante el reconocimiento definitivo de que lo ejecutado era conforme a Derecho. Se evita, de esta forma, el riesgo de tener que acceder a la destrucción de lo ejecutado, en un procedimiento de naturaleza sumaria, como el de recobrar la posesión”.

De este modo, se confirma que las acciones no son equivalentes ni intercambiables y que cada una de ellas tiene un presupuesto y justificación diferente. Sin-

tetizamos, a continuación, las principales diferencias entre el interdicto de retener y el de obra nueva:

- El interdicto de obra nueva solo se puede ejercitar cuando exista una verdadera obra nueva, y mientras los trabajos están en curso de ejecución, pues tiene una naturaleza cautelar, que busca la paralización de la obra nueva y de la molestia. En principio, si la obra ha terminado, lo propio sería interponer un interdicto de retener. Pero, si se hubiera podido interponer un interdicto de obra nueva mientras esta se construía, porque se trataba de una verdadera obra nueva con los requisitos que se han dicho, y no se hizo, no se podrá con posterioridad interponer el interdicto de retener, para paliar el daño. Y es que no se puede elegir una u otra porque, como dice la STS 18 febrero 2022, la virtualidad del interdicto de obra nueva reside en «el interés jurídico de impedir las indeseables consecuencias de tolerar la continuación de la obra, en su proyección natural, a la vista, ciencia y paciencia del demandante, para luego promover un juicio sumario [el del art. 250.1.4 LEC]. Y como comenta BLÁZQUEZ MARTÍN¹³, “ese interés jurídico vertebró el esquema global de la tutela sumaria de la posesión y sus consecuencias se entienden fácilmente si se tiene en cuenta que, de permitir una frontera permeable entre el interdicto de obra nueva y el de retener o recobrar, resultaría que en un juicio sumario, cuyo objeto estará necesariamente limitado al mero hecho posesorio, el demandante que injustificadamente no ha reaccionado a tiempo podría pedir la demolición de lo construido o forzar a la contraparte a una transacción injusta, pese a la posibilidad cierta de que, en un ulterior juicio declarativo sobre el mismo objeto, se diera la razón al dueño de la obra. Se trata, en definitiva, de evitar el riesgo de tener que acceder a la destrucción de lo ejecutado en un procedimiento de naturaleza sumaria, como es el de recobrar la posesión, como hito provisional del conflicto jurídico que puede verse luego irremediablemente contradicho por la resolución que, ya con el máximo nivel de garantías, recaiga en el juicio plenario”
- El ámbito propio del interdicto de obra nueva procede cuando la obra se ha iniciado en un fundo diferente de aquel cuya posesión pertenezca al demandante; es decir en el fundo del demandado. En este caso no hay lugar a dudas de que lo procedente es un interdicto de obra nueva. Sin embargo, y como ha afirmado la jurisprudencia, entre otras en la STS 9 febrero 2009, es irrelevante que la obra se realice en terreno del demandante o del demandado: “cabe la suspensión de la obra, tanto si el demandado la ejecuta en terreno propio como si lo está haciendo en el de la demandante, siempre que se den los presupuestos antes mencionados, como es el presente caso; la ley nunca ha distinguido y no ha limitado el objeto del llamado interdicto de obra nueva”. En estos casos, habrá que acudir a la justificación y motivo de la interposición de la demanda: qué se pretende con ella para poder dilucidar cuál es la adecuada.
- Para que proceda un interdicto de obra nueva, recordemos que esa obra nueva debe ser una innovación de entidad y duración suficiente que produzca esas molestias que deben paralizarse, y no solo pequeñas actuaciones de carácter efímero que den lugar a simples perturbaciones, pero no constitu-

yan una obra que paralizar. En este último caso, correspondería un interdicto de retener. Es fundamental que exista esa obra nueva, y si esta es tal, con sus caracteres, no hay duda de qué interdicto debe interponerse

- La legitimación activa y pasiva son diferentes. En el interdicto de obra nueva el demandante puede ser un poseedor o no del fundo aquejado por la molestia, mientras que en el interdicto posesorio siempre es un poseedor que debe probar su posesión. De igual forma, el demandante en el interdicto de obra nueva es el dueño de la obra y en el interdicto de retener sería el perturbador, sin que sea necesario que exista una obra.
- Pero la diferencia fundamental entre ambas son sus efectos y finalidad. Puede coincidir que en ambos supuestos haya una obra nueva, que el demandante sea poseedor perturbado, el demandado sea el dueño de la obra y despojante y, en definitiva, que los requisitos objetivos y subjetivos coincidan para ambas acciones. Sin embargo, si se interpone el interdicto de retener, se va a producir la recuperación inmediata de la pacífica posesión que puede implicar demolición de la obra nueva y reposición al estado anterior a iniciarse. Mientras que, si se interponer un interdicto de obra nueva, se va a ratificar la paralización de la obra nueva y evitar las molestias o alteraciones, sin que suponga demolición alguna ni reposición a la situación anterior. En cualquier caso, y como ya hemos subrayado, no hay opción para el demandante: si hay verdadera obra nueva (innovación suficiente, definitiva que altere la posesión), lo que procede es un interdicto de obra nueva, excluyéndose el de retener para evitar los perjuicios que la “voluntaria desidia” del demandante pudiera ocasionar con su retardado actuar.

Parece, por tanto, que el interdicto de obra nueva es una medida de protección a la posesión, complementaria a los interdictos, que favorece al poseedor (propietario o no), evitando o reprimiendo la perturbación causada por obra nueva y siempre que lo que se busque sea esa paralización de la obra.

III.2. INTERDICTO DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DE OBRA RUINOSA

Nos encontramos, de nuevo, ante dos acciones que pueden tener similitudes en sus requisitos objetivos y subjetivos. No obstante, tampoco son acciones intercambiables y conviene que las diferenciamos.

El interdicto de obra ruinosa está regulado en el art. 250.1.6 LEC, y tiene su justificación en el deber genérico de todo propietario de mantener su propiedad en buen estado de conservación que establecen los arts. 389 y 390 CC¹⁴.

Según el art. 250.1.6 LEC el interdicto de obra ruinosa pretende “la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.”

Veamos, brevemente sus requisitos:

a) Legitimación activa

Sólo podrán interponer este interdicto:

- Los que tengan alguna propiedad contigua o inmediata con la ruinosa y que puedan resentirse o padecer por ésta.

- Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenazare ruina. Esto se extiende a todos aquellos que tienen interés en la seguridad del paso, aunque ellos mismos no lo utilicen.

b) Legitimación pasiva

Corresponde al dueño de la obra, aún en el caso de que hayan de adoptarse medidas urgentes de seguridad, pues se efectuarán a su costa.

La naturaleza de este peculiar interdicto es especial, pues no tiene carácter posesorio, es una consecuencia de la obligación que incumbe a todo dueño de no poner en peligro con su propiedad vidas o propiedades ajenas, por tanto, tiene por objeto evitar un daño, pero no resolver acerca de la posesión.

Es una acción defensiva de todos los derechos reales de contenido positivo (incluida la posesión) y también de los derechos personales amenazados por la ruina, e incluso de intereses personales que no constituyan derecho subjetivo.

Luego, *a priori*, esta acción es bien distinta del interdicto de obra nueva, pero cuando sea una obra en construcción la que amenace ruina o peligro, puede, de nuevo, plantearse si procede este interdicto de obra ruinosa o de obra nueva.

La diferencia entre ambas acciones es mucho más nítida que el anterior supuesto examinado, ya que como —de nuevo— afirma la STS 28 febrero 2022, la obra nueva es una innovación, una obra ya iniciada que supone una nueva actividad realizada por el demandado que causa perjuicios. Es decir, implica actividad, dinamismo, supone la ejecución de una obra o construcción. Mientras que el interdicto de obra ruinosa procede ante la pasividad del propietario de la obra o construcción que, por su inactividad, deja que esta se deteriore y amenace ruina y daños. Las palabras que recoge la sentencia en este sentido son muy clarificadoras: se ha de entender “por obra nueva, una creación, fruto del esfuerzo humano, que produce una alteración de una situación fáctica existente antes de la iniciación del proceso ejecutivo en que consiste. Su configuración jurídica exige la concurrencia de un elemento dinámico o activo. De esta forma, excluiríamos del ámbito tuitivo del precitado procedimiento, los posibles daños derivados del mal estado de una construcción, o la falta de actuación sobre la misma por la pasividad de su dueño, que podría dar lugar, en su caso, al juego normativo del otrora denominado interdicto de obra ruinosa, hoy en día contemplado en el art. 250.1. 6º LEC, que dispensa un tipo de tutela diferente.”

El interdicto de obra ruinosa pretende, en consecuencia, siempre la demolición del elemento (obra, construcción, edificio, árbol) que por la pasividad de su propietario amenaza con un peligro real de causar un daño. El interdicto de obra nueva, como ya dijimos, pretende la paralización de esa obra, de esa actividad que causa o puede causar daños, pero por sí misma, derivados de su actividad y no de la inacción del propietario negligente que no cuida de sus propiedades.

IV. CONCLUSIONES

I. Las acciones de tutela sumaria de la posesión siguen teniendo una justificación y finalidad clara en nuestro ordenamiento, pues todo poseedor tiene derecho a defender su posesión, tal y como recoge el Código Civil.

II. Las diferentes acciones posesorias pueden tener puntos de intersección que las asemejan e incluso, en ocasiones, los supuestos de hecho a los que se aplican son muy similares lo que puede generar dudas sobre qué medio posesorio debe utilizarse.

III. Esto puede ocurrir entre varios tipos de interdictos, sobre todo entre el interdicto de obra nueva que conviene diferenciarlo del otrora denominado “interdicto de retener” y del interdicto de obra ruinoso. La distinción entre uno y otro no es baladí, y conviene poner de relieve sus diferencias con el fin de no errar en la herramienta procesal adecuada.

IV. De este modo, el interdicto de retener y el de obra nueva, cuando se hubiese realizado una obra, construcción, o innovación que alterase la posesión del demandante, pueden coincidir en el requisito objetivo; sin embargo, no es así. Cuando se trate de una verdadera obra nueva: innovación que supone una ejecución de obra, excavación, plantación, construcción, significativa, de entidad, que se haya desarrollado en el tiempo y no efímera que produzca un daño, o temor a que se produzca, en la posesión del demandante, solo procederá interponer un interdicto de obra nueva y no uno de retener.

V. Esto es así porque la finalidad y resultado previsto con ambas acciones es muy diferente. Mientras el interdicto de retener pretende la recuperación y reposición inmediata de la posesión pacífica de la cosa, mediante —si es preciso— la demolición o reposición de la obra, el interdicto de obra nueva tendrá como resultado la confirmación de la paralización cautelar de la obra nueva que se produjo con la interposición de la demanda.

VI. Si fueran intercambiables se estaría produciendo un efecto pernicioso puesto que el demandante, a la vista y paciencia de la obra de entidad que se está produciendo, podría no hacer nada y esperar a su conclusión. Entonces podría interponer un interdicto de retener, o incluso de recobrar, para que se le devolviera su posesión de forma inmediata, sin analizar el mejor derecho a poseer, con la demolición en su caso de la obra. Lo deseable sería que, en el transcurso de la obra, si esta causaba un perjuicio, hubiera utilizado el interdicto de obra nueva para paralizarla, si lo que se pretende es poner fin a esa molestia o perturbación.

VII. Por otra parte, el interdicto de obra nueva es más fácil de distinguir del interdicto de obra ruinoso. En efecto, aquel supone una acción: la ejecución de una obra por parte de su dueño que causa molestias. Mientras que en el de obra ruinoso, las molestias provienen realmente de la inactividad del propietario que no hace nada por evitar la ruina de una obra o construcción anterior. El interdicto de obra ruinoso que pretende la demolición de la obra en ruinas es más bien una acción dominical, frente al propietario descuidado.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Audiencias Provinciales

- SAP Madrid 11 julio 2023
- SAP Ciudad Real 28 julio 2023

Tribunal Supremo

- STS 20 mayo 1946
- STS 21 abril 1979
- STS 26 mayo 1995
- STS 27 mayo 1995
- STS 18 junio 2007
- STS 9 febrero 2009
- STS 11 febrero 2009
- STS 12 noviembre 2009
- STS 7 julio 2016
- STS 15 diciembre 2020
- STS 28 febrero 2022
- STS 16 enero 2023

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLÁZQUEZ MARTIN, R. (2023). El ámbito del desahucio por precario y de los procesos de tutela sumaria de la posesión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diario Laley*, nº 10275, Sección Dossier, 26 de abril de 2023, (pp.1-24).
- HIDALGO GARCÍA, S. (2017). "Protección posesoria". En: *Tratado de servidumbres* (Linacero de la Fuente, M. (coord.)), Tirant lo Blanch, Valencia.
- VÉLEZ TORO, A.J. (2021). Los juicios verbales sumarios contenidos en la LEC española de 1881 (1881-2000). *Dikë: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, nº 29, pp. 1-36.

NOTAS

¹ La STS 20 mayo 1946 ya puso de relieve que se prohíbe la utilización de la violencia para la adquisición —o recuperación— de la posesión aun cuando el que tiene la cosa en su poder se niega a devolverla voluntariamente; es el caso del propietario arrendador que no puede desposeer de la posesión al arrendatario que no paga si se opone a ello.

² STS 28 febrero 2022 razona: “La protección jurídica de la posesión se dispensó tradicionalmente a través de las acciones interdictales. Expresión de raigambre y tradición histórica en nuestro Derecho, que se elimina, no obstante, en la nueva LEC 1/2000, con el argumento de constituir una expresión “obsoleta y difícil de comprender, ligada a usos forenses”, para sustituirla por la de “tutela sumaria de la posesión

³ HIDALGO GARCIA, S. (2017). “Protección posesoria”. En: *Tratado de servidumbres* (Linacero de la Fuente, M. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia).

⁴ Sobre los requisitos que ha venido exigiendo la jurisprudencia para que triunfen las acciones de tutela sumaria de recuperación de la posesión, la STS 15 diciembre 2020, los resume: 1º) “que el actor (o su causante) se halle en la posesión o en la tenencia de la cosa o derecho, entendida como situación de hecho ostensible, al margen de toda consideración sobre el título jurídico que pudiera ampararla; debe quedar establecida la concreta delimitación del ámbito material de lo poseído”; 2º) “que el actor haya sido inquietado o perturbado, o haya sido despojado de dicha posesión o tenencia”; 3º) “que la acción se dirija contra el causante del despojo, bien por haberlo realizado materialmente, bien por haberlo ordenado”; y 4º) “que la demanda se interponga antes de haber transcurrido un año desde el acto obstativo a la posesión de la cosa, plazo que se considera de caducidad (arts. 439.1 LEC y 460.4º CC)”. Mas recientemente SAP Ciudad Real 28 julio 2023, SAP Madrid 11 julio 2023.

⁵ Actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle” (art. 1651 LEC antigua).

⁶ En el mismo sentido, la STS 27 mayo 1995 afirma que “La naturaleza jurídica del interdicto de obra nueva, que aunque se le asigna una finalidad cautelar y precautoria a diferencia de los de recobrar y retener la posesión, no tiene un carácter de juicio petitorio de propiedad, sino como se ha declarado persigue una defensa posesoria consiguiente a un ataque a la posesión causado por una obra nueva, aunque con ello se proteja también la propiedad u otros derechos reales, pero no con base en una reclamación real o reivindicación de los mismos, b) Persigue el interdicto de obra nueva mantener un estado de hecho a favor del demandante de interdicto, no de la contraparte que realiza la obra impugnada; trata de evitar al actor una eventual lesión jurídica que dificulte el ejercicio ulterior del derecho de dominio en juicio declarativo posterior, pretendiendo, a partir de reclamación de posibles daños, la finalidad que la ley prevé de obtener la demolición de la obra”.

⁷ La amplitud de la consideración de la obra nueva se pone de manifiesto, por ejemplo en la STS 11 febrero 2009, que considera que procede este interdicto ante los “trabajos subterráneos de nueva planta para la construcción de una galería minera, que han producido una alteración de la posesión del subsuelo”.

⁸ En este sentido las SSTS 9 febrero y 12 noviembre 2009, 28 febrero 2022, 16 enero 2023,

⁹ STS 9 febrero 2009.

¹⁰ La STS 16 enero 2023 confirma esta idea, al afirmar que en el supuesto de hecho que dio lugar al litigio que resuelve se produjeron obras que “ no son de rápida e inmediata ejecución, ni la demandada se limitó a la simple ocupación material de un bien común, sino que son trabajos arquitectónicos de envergadura, comprendiendo obras de demolición y edificación,

que se prolongaron en el tiempo y que se ejecutaron a la vista de la actora”, para las que procede interponer un interdicto de obra nueva, para su paralización, y no el correspondiente interdicto de retener una vez terminadas.

¹¹ Véase, en este sentido, afirmando la aparente similitud de ambas acciones ante supuestos de hecho similares la STS 12 noviembre 2009: “El art. 250.5 LEC dice que se resolverán en juicio verbal las demandas “[...] que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva”, recogiendo el denominado “interdicto de obra nueva”, que consiste en el derecho que tiene un poseedor para suspender una obra que se encuentra en construcción, de modo que lo que se quiere evitar es impedir que con la construcción de la obra nueva continúe una perturbación de la posesión, lo que puede presentar algunas coincidencias con la acción de retener o de recobrar la posesión”.

¹² Y copia y ratifica la STS 16 enero 2023.

¹³ BLÁZQUEZ MARTIN, R. (2023). El ámbito del desahucio por precario y de los procesos de tutela sumaria de la posesión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diario La ley*, nº 10275, Sección Dossier, 26 de abril de 2023, p. 21.

¹⁴ Art. 389 CC: “Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenaza su ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída.

Art. 390 CC: “Cuando algún árbol corpulento amenazare caerse de modo que pueda causar perjuicios a una finca ajena o a los transeúntes por una vía pública o particular, el dueño del árbol está obligado a arrancarlo y retirarlo; y si no lo verificare, se hará a su costa por mandato de la Autoridad.”