



Roj: **STS 4282/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4282**

Id Cendoj: **28079110012020100648**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2020**

Nº de Recurso: **2462/2018**

Nº de Resolución: **683/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 683/2020

Fecha de sentencia: 15/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2462/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2462/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 683/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 15 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 155/2018, de 9 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de



juicio verbal n.º 718/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Barcelona, sobre **tutela** sumaria de la posesión.

Es parte recurrente D.ª Serafina, representada por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem y bajo la dirección letrada de D. Gorka Goenechea Permisán.

Es parte recurrida Intar, S.A., representada por el procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro y bajo la dirección letrada de D. Ángel Velázquez Barón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem, en nombre y representación de D.ª Serafina, interpuso demanda de juicio verbal en la que se pretende la **tutela** sumaria de la posesión contra Intar, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"[...] estimando la demanda, declare, haber lugar a la acción de retener la posesión promovida, acordando;

"1. Declarar la existencia de una perturbación en los **derechos** de posesión de mi mandante sobre el inmueble arrendado por parte de la demandada.

"2. Mantener a mi principal en la posesión ostentada, en su condición de arrendataria del inmueble de constate referencia, en los mismos términos en la que la misma viene siendo ejercitada con arreglo al contrato de arrendamiento de 1 de septiembre de 2001.

"3. Requerir a la perturbadora, la sociedad mercantil INTAR, para que en lo sucesivo, y en especial en relación con el acuerdo adoptado, cese y se abstenga de acometer cualesquiera actos modificativos de los términos del contrato de arrendamiento y del inmueble de constante referencia, con los apercibimientos legales a los que hubiere lugar.

"4. Subsidiariamente, y en el caso que durante la tramitación del presente procedimiento se haya derribado el tabique de constante referencia, se repongan las cosas al estado anterior a dicho derribo, y

"5. Haga expresa imposición de condena en costas a la adversa, en el caso que se opusiera a la acción y pretensiones ejercitadas".

2.- La demanda fue presentada el 11 de julio de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Barcelona, fue registrada con el n.º 718/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Miguel Ávila Jarrín, en representación de la mercantil Intar, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Barcelona dictó sentencia 25/2017, de 1 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Serafina contra la sociedad Intar, S.A. absuelvo a esta última de las reclamaciones hechas en contra de ella con imposición de las costas a la parte demandante".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Serafina. La representación de la entidad Intar, S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 608/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 155/2018, de 9 de marzo, cuyo fallo dispone:

"Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Serafina contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, en los autos de Juicio Verbal de **Tutela** Sumaria de la Posesión número 718/2016, de fecha 1 de febrero de 2017, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, con imposición a la parte apelante de las costas de este recurso".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem, en representación de D.ª Serafina, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Primero- Al amparo del art. 469.1.4º LEC el recurso se fundamenta en la vulneración, en el proceso civil, de **derechos** fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución: la Audiencia Provincial veta a mi mandante el procedimiento de **tutela** sumaria de la posesión de su vivienda porque -además de poseedora de la misma- es accionista de la sociedad que se lo aniquila, compeliéndole por esa razón a acudir a un procedimiento diferente, de impugnación de acuerdos sociales con medidas cautelares".

El motivo del recurso de casación fue:

"Motivo Primero.- al amparo del art. 477.2.3º y 477.3 por infracción de los artículos 441 y 446 CC y la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la sala de lo civil del Tribunal Supremo núm. 467/2016, de 7 de julio de 2016 (RJ\2016\3165), núm. 1110/2008, de 25 de noviembre de 2008 (RJ \2008\6062) y de 21 de abril de 1979 (RJ\1980\931). Al entrar en cuestiones de **derecho** (como la pretendida "licitud" de la perturbación de la posesión de mi mandante, por el hecho de haber sido acordada la perturbación en junta general) la Audiencia Provincial infringe los citados artículos y la doctrina del Tribunal Supremo que identifican cual es el limitado objeto del interdicto".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 1 de julio de 2020, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Intar, S.A. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de diciembre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes

Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes acreditados en la instancia.

1.- La demandada "Intar, S.A." es propietaria del edificio sito en la calle Balmes nº 175 (Barcelona), que no consta dividido en régimen de propiedad horizontal.

2.- "Intar, S.A." está formada por miembros de la familia Serafina , a la que pertenece la demandante, D.ª Serafina , que ostenta un 17,14% de las participaciones sociales.

3.- El día 1 de septiembre de 2001, "Intar" y D.ª Serafina suscribieron un contrato de arrendamiento del piso NUM000 del inmueble (cuya superficie catastral es de 78 m2), por una duración de 99 años y con una renta mensual de 31.000 pts.

4.- En el año 2003, D.ª Serafina realizó obras de ampliación de la vivienda arrendada, mediante la construcción de un tabique que inutilizaba la escalera que comunicaba los pisos NUM001 y NUM000 , y amplió la superficie del piso arrendado de 78 m2 a 160,43 m2, anexionando para ello dependencias del piso NUM001 .

5.- Dicha actuación, para la que no consta autorización de la propietaria, fue conocida y consentida por ésta. En concreto, afirma la Audiencia que:

"No consta un acuerdo expreso de autorización de la Junta de accionistas pero, atendidas las circunstancias de que todo el edificio es propiedad de la compañía, que la misma es una sociedad familiar constituida por la madre y hermanos de la demandante y de la que forma parte la propia actora, que en el piso NUM001 , directamente afectado por las obras acometidas por la actora, vive su madre, y que durante trece años no se ha llevado a cabo actuación alguna para resolver el contrato de arrendamiento por obras inconscientes, ni se ha presentado interdicto alguno de recuperar la posesión ni se ha ejercitado ninguna otra acción, se desprende que la demandada consintió las obras efectuadas.

"Además, en la cedula de habitabilidad expedida en fecha 3 de julio de 2015 consta que esta vivienda tiene una superficie de 160,43 m2.

"Era, por tanto, una situación tolerada".

6.- El 13 de junio de 2016 se celebró junta general ordinaria de accionistas de la "Intar" en la que se adoptó el siguiente acuerdo:



"Eliminación de tabique de separación del final de la escalera del piso NUM001 (del edificio sito en CALLE000 , NUM002) que impide el acceso a las terrazas, si procede".

El acuerdo recibió los votos favorables de los socios que representaban el 65,62% del capital social. La demandante votó en contra.

La actora no ha impugnado ese acuerdo social.

7.- La ejecución de dicho acuerdo supondría la restitución de la vivienda arrendada a su estado y superficie originales.

8.- D.^a Serafina presentó demanda de juicio verbal en ejercicio de solicitud de **tutela** sumaria de la posesión contra "Intar", en la que solicitaba sentencia por la que: (i) se declarara la existencia de una perturbación en los **derechos** de posesión de la actora sobre el inmueble arrendado por parte de la demandada; y el mantenimiento de la demandante en la posesión ostentada, en los mismos términos en la que la misma viene siendo ejercitada con arreglo al contrato de arrendamiento de 1 de septiembre de 2001; (ii) se requiera a la perturbadora para que en lo sucesivo, y en especial en relación con el acuerdo adoptado, cese y se abstenga de acometer cualesquiera actos modificativos de los términos del contrato de arrendamiento y del inmueble de constante referencia; y (iii) subsidiariamente, y en el caso de que durante la tramitación del procedimiento se haya derribado el tabique de referencia, se repongan las cosas al estado anterior a dicho derribo.

9.- El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. En su sentencia razonó lo siguiente: (i) la perturbación que se denuncia no es suficiente para justificar la protección interdictal pues es preciso que esta perturbación sea ilícita, ya que hay situaciones que provocan la licitud del acto; (ii) hay casos en los que, aunque exista un cambio posesorio, no se puede hablar de perturbación, propiamente dicha, como sucede cuando ha existido un acuerdo de la junta general de la sociedad en la que se ha tomado la decisión de devolver el piso a su estado original y este acuerdo no ha sido impugnado; (iii) la viabilidad de la acción interdictal hubiera exigido la alteración de la situación de hecho, no un acuerdo de la Junta de la sociedad que ampara cualquier actuación; (iv) la ley prevé la posibilidad de impugnar acuerdos sociales, lo que no se ha efectuado en este caso; y (v) habría sido posible el interdicto si la junta hubiera actuado por vías de hecho, sin trámite alguno, pero no es el caso, en el que se adopta un acuerdo por la junta de accionistas.

10.- D.^a Serafina interpuso recurso contra la sentencia de primera instancia. La Audiencia provincial desestimó la apelación. En su sentencia identificaba como requisitos necesarios para la acción de **tutela** sumaria de la posesión los siguientes: 1º que la parte actora tenga la tenencia o posesión de una cosa o de un **derecho** en el momento de haber sido despojado de ella o perturbado en su disfrute, lo que determina su legitimación activa; 2º que se produzcan actos de despojo o perturbación imputables al demandado, lo cual conlleva su legitimación pasiva; 3º que la acción de **tutela** sumaria se ejercite antes de haber transcurrido un año a contar desde el acto de perturbación o despojo; y 4º que los presupuestos anteriores vayan precedidos o acompañados de un *animus spoliandi*, entendiéndose por tal la conciencia que el despojante tiene de que el acto que comete es fruto de un obrar arbitrario y sin título que lo autorice. A continuación, negó la concurrencia del último de los requisitos citados, conclusión que razonó así:

"El día 13 de junio de 2016, la junta de socios de INTAR S.A. ha adoptado un acuerdo dirigido a poner fin a esta situación y a restituir la vivienda arrendada a su estado y superficie anteriores.

"La actora no ha impugnado dicho acuerdo social, sino que ha optado por un procedimiento de protección sumaria de la posesión, con las particularidades indicadas en el fundamento tercero de esta resolución.

"Si la finalidad principal de este procedimiento es evitar las vías de hecho, la situación producida en esta Litis es precisamente la contraria, puesto que la sociedad ha convocado una junta de socios en la que ha participado la actora, y dentro de sus competencias, ha acordado por mayoría reponer la vivienda arrendada a la demandante a su situación original.

"Este acuerdo podía haber sido impugnado por la actora conforme al artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital y en el plazo fijado en artículo 205 de dicha norma y solicitar cautelarmente su suspensión, lo cual no consta haya efectuado.

"De modo que, mediante un procedimiento de **tutela** sumaria de la posesión, se trata de impedir la ejecutividad de dicho acuerdo, cuando, reiteramos, el procedimiento hábil es el antes indicado.

"En otras palabras, se utiliza este procedimiento para impedir o dejar sin efecto un acuerdo social legítimamente adoptado por la Junta de socios. [...].

"Por todo ello, consideramos no concurre el requisito cuarto aludido en el fundamento tercero de esta resolución, pues no existe acto de perturbación o despojo o vía de hecho, sino un acuerdo por el que se trata



de restituir el estado y superficie de la vivienda arrendada a su situación anterior, esto es, a la existente en el momento de suscribir el contrato de arrendamiento, que deriva de un acuerdo adoptado conforme a la legislación de las sociedades de capital y que no ha sido impugnado por la demandante.

"Reiteramos que la oposición de la actora a dicho acuerdo debe efectuarse mediante la impugnación del mismo, y en su caso, la suspensión cautelar del acuerdo, no por la vía de este procedimiento de protección sumaria de la posesión".

11.- D.^a Serafina ha interpuesto un recurso extraordinario de infracción procesal, basado en un motivo, y otro recurso de casación, por la vía del interés casacional, articulado también en un único motivo, que han sido admitidos.

SEGUNDO. - *Recurso extraordinario de infracción procesal. Formulación del motivo y admisibilidad.*

1.- *Planteamiento del motivo.* El motivo se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC, y se fundamenta en la vulneración, en el proceso civil, de **derechos** fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, al entender que la Audiencia veta a la actora el procedimiento de **tutela** sumaria de la posesión de su vivienda porque, además de poseedora de la misma, es accionista de la sociedad que se lo alquila, y le compele por esa razón a acudir a un procedimiento diferente, de impugnación de acuerdos sociales con medidas cautelares.

2.- En su desarrollo alega, en síntesis, lo siguiente: (i) la sentencia recurrida ha vetado a la demandante acudir al proceso de **tutela** sumaria de la posesión porque, además de poseedora de la vivienda en la que se produce la perturbación, es accionista de la sociedad que se la alquila, compeliéndole a acudir a un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales con medidas cautelares; (ii) con ello le obliga a acudir a un procedimiento distinto del elegido, y al hacer esto le otorga un trato de peor condición que a otro poseedor que no fuera accionista de la sociedad arrendadora; (iii) esta actuación de la Audiencia limita los **derechos** de la actora también como accionista en contra de la Ley de Sociedades de Capital, que no prescribe una limitación de los **derechos** procesales de los accionistas; (iv) además, la vía interdictal no es incompatible con el cauce procesal que según la sentencia debió utilizarse; y (v) aunque la sentencia recurrida no afirma en ningún momento que la demandante esté actuando en fraude de ley procesal, da a entender que pretende utilizar el interdicto para evitar la ejecución del acuerdo de la sociedad, lo que no es cierto.

3.- *Oposición a la admisibilidad del motivo.* La sociedad recurrida opone como óbice de admisibilidad del recurso el argumento de que carece de contenido fundado razonable porque, a su juicio, no se ha vulnerado en el proceso ninguno de los **derechos** fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, ni en concreto el **derecho** a la **tutela judicial efectiva**, sino que al no concurrir el *animus spoliandi*, por haber mediado un acuerdo (no impugnado) adoptado conforme a la legislación de las sociedades de capital, la Audiencia señala los medios que las leyes de procedimiento establecen para tales casos, esto es, la impugnación **judicial** del acuerdo con eventual solicitud de su suspensión cautelar del acuerdo.

4.- Este óbice no puede ser estimado por la sencilla razón de que lo que plantea no afecta la admisibilidad del motivo, sino a su estimación o desestimación al adentrarse en las razones de fondo de la cuestión debatida, esto es, si se ha vulnerado o no el **derecho** a la **tutela judicial efectiva** por haberse eliminado, en su caso, el **derecho** a elegir la vía jurisdiccional más adecuada, a criterio de la recurrente, para la defensa de sus **derechos** e intereses legítimos.

TERCERO. - *Decisión de la sala.* El **derecho** a elegir la vía **judicial** como manifestación del **derecho** a la **tutela judicial efectiva**. Desestimación.

El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

1.- Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el **derecho** a la **tutela judicial efectiva** (art. 24.1 CE) comprende el de obtener una resolución fundada en **Derecho**, sea o no favorable a las pretensiones del actor; resolución que normalmente deberá recaer sobre el fondo del asunto planteado, pero que podrá ser también de inadmisión cuando concurra alguna causa legal para ello y así lo acuerde el juez o tribunal en aplicación razonada de la misma (SSTC 42/1992, de 30 de marzo, FJ 2; 194/1992, de 16 de noviembre, FJ 3; 145/1998, de 30 de junio, FJ 2; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2, y 198/2000, de 24 de julio, FJ 2, entre otras muchas).

2.- En particular, respecto a la apreciación de la inadecuación de procedimiento como causa de inadmisión, el Tribunal Constitucional ha declarado de forma reiterada que si bien el mandato contenido en el art. 24.1 CE encierra el "**derecho** a escoger la vía **judicial** que se estime más conveniente para la defensa de **derechos** e intereses legítimos" (STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 5), es imprescindible que el cauce procesal elegido sea el jurídicamente correcto, pues el **derecho** a la **tutela judicial efectiva** no incluye un **derecho** fundamental a procesos determinados; son los órganos **judiciales** los que, aplicando las normas competenciales o de otra



índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora (SSTC 21/1986, de 14 de febrero, FJ 1; 20/1993, de 18 de enero, FJ5; 189/1993, de 14 de junio, FJ2; 92/1994, 186/1995, de 14 de diciembre, FJ 2; 160/1998, de 14 de julio, FJ 4, y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 5, por todas).

Como se afirmó en la sentencia del mismo tribunal 89/2001, de 2 de abril:

"si bien el art. 24.1 CE obliga al legislador a establecer la organización y los procedimientos adecuados para la satisfacción del **derecho** a la **tutela judicial efectiva**, "no genera por sí mismo ningún **derecho** de acción concreta que permita, sin más, acceder a un determinado Tribunal o a una definida vía procesal, puesto que tal **derecho** sólo se adquiere de acuerdo con la Ley y sólo puede ejercerse en la forma y con los requisitos que ésta haya establecido" (por todas, STC 113/1990, de 18 de junio , FJ 3)"

3.- Es cierto, como sostiene la recurrente, que el ejercicio de la acción de **tutela** sumaria de la posesión que a la actora corresponde como arrendataria y poseedora del inmueble litigioso (art. 250.4º LEC), no es incompatible con el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales, a que le legitima su condición de socia de la compañía arrendadora del inmueble (art. 204 LSC), acciones con diferente objeto y efectos, y que están subordinadas también a requisitos distintos. Y en tal sentido, negar la posibilidad del ejercicio de cualquiera de ellas por la mera posibilidad de que pueda ejercitarse la otra atentaría contra el aludido **derecho** de elección de las vías jurisdiccionales de entre las varias posibles que ofrezca el ordenamiento jurídico.

4.- Ahora bien, lo que sucede en este caso es que el tribunal *a quo* no ha inadmitido la acción posesoria ejercitada, ni ha dejado imprejuzgada la cuestión de fondo planteada en la misma, sino que al analizar los requisitos que considera necesarios para la prosperabilidad de la acción ha entendido que no concurre uno de ellos (el carácter ilícito del acto de perturbación de la posesión), por estimar que este acto carecía de tal nota de ilicitud por el hecho de proceder de un acuerdo de junta general de socios y no haber incurrido en vía de hechos. Y este elemento argumentativo lo liga a la circunstancia de que frente a aquel acuerdo la socia y poseedora del inmueble afectado podía haber reaccionado mediante el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales.

5.- Al margen del acierto o desacierto de este razonamiento, cuya revisión corresponde al ámbito propio del recurso de casación, no puede sostenerse la infracción procesal que se denuncia, pues la **tutela judicial efectiva** solicitada ha sido satisfecha por medio de una resolución **judicial** motivada y no arbitraria sobre el fondo de la pretensión deducida, que ha sido enjuiciada precisamente dentro del cauce procesal sumario a través del cual se ha canalizado. En consecuencia, el motivo perece.

CUARTO. - *Recurso de casación. Formulación del motivo y admisibilidad.*

1.- El motivo se formula al amparo del art. 477.2. 3º LEC, y denuncia infracción de los arts. 441 y 446 CC y de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de esta Sala de lo Civil 467/2016, de 7 de julio de 2016, 1110/2008, de 25 de noviembre de 2008, y de 21 de abril de 1979.

2.- En su desarrollo aduce, en síntesis, que: (i) la sentencia recurrida vulnera la finalidad del interdicto de retener la posesión porque examina una cuestión de **derecho** que no le corresponde, como es la pretendida licitud de la perturbación por el hecho de haber sido acordada en una junta de accionistas; y (ii) concurren todos los presupuestos para conceder la **tutela** sumaria: (a) la posesión de una vivienda como arrendataria, a la que adicionó mediante la construcción de un tabique (consentido por la sociedad arrendadora) una mayor superficie, y (b) un acto de perturbación, como es el acuerdo adoptado en junta de la sociedad arrendadora para la eliminación del tabique y para la reposición de la vivienda alquilada a la superficie del arrendamiento inicial.

3.- Oposición a la admisibilidad del recurso. La recurrida opone como causa de inadmisión del recurso la falta de interés casacional por no ser equivalentes al del caso los supuestos de hecho resueltos en las sentencias que se citan como infringidas en el motivo.

4.- Este óbice procesal no puede ser acogido favorablemente. El interés casacional ya fue advertido en el trámite de la admisión del recurso, y se apreciará con más detalle al desenvolver las razones en que se apoya el enjuiciamiento sobre la cuestión de fondo en los fundamentos jurídicos que siguen.

QUINTO. - *Las acciones de **tutela** sumaria de la posesión perturbada: ámbito y requisitos de prosperabilidad. Doctrina jurisprudencial.*

El motivo debe ser estimado por las razones que se exponen a continuación.

1.- La demandante promueve la **tutela** sumaria de la posesión de la vivienda que tiene arrendada en el edificio de la CALLE000 nº NUM002 con la superficie resultante de la anexión de unas dependencias de otra vivienda colindante resultado de la construcción de un tabique realizada en el año 2003, y de la que ha venido



disfrutando desde entonces. El acto de la demandada al que vincula la perturbación es un acuerdo de la junta general de socios de la sociedad arrendadora en el que se decide "eliminar el tabique". La cuestión sobre la que gira la controversia es la de si el hecho de que la eliminación del tabique haya sido decidida en una junta de socios inviste a ese acto de una licitud que excluye la protección propia de la **tutela** sumaria de la posesión que, en la tesis que sostiene la recurrida, se limitaría a los actos de despojo o perturbación posesoria de carácter ilícitos.

Para resolver adecuadamente esta controversia resulta conveniente partir de la naturaleza y ámbito de las acciones sumarias de protección posesoria, con arreglo a su regulación civil y procesal.

2.- Regulación de la protección sumaria de la posesión en la legislación civil y procesal. Su naturaleza y ámbito.

El art. 441 CC dispone que "En 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". De este modo, el Código parte de la distinción entre acción y **derecho**, ya que se refiere al que se crea "con acción o **derecho**" para privar a otro de la tenencia de una cosa, aunque remite al poseedor, en todo caso, a solicitar el auxilio de la "Autoridad competente". Se hace con ello eco el Código del principio canónico *spoliatus ante omnia restituendus* [ante todo hay que reponer en su posesión al que ha sido expoliado]. Y, en el mismo sentido, el art. 446 CC reconoce a todo poseedor el **derecho** a ser respetado en su posesión, de forma que, "si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen".

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el Título XX del Libro II, mantenía la regulación de los interdictos como un procedimiento especial, distinto de los procesos ordinarios, en los que la finalidad de **tutela** sumaria de la posesión se manifestaba en la regla que proscribía admitir al demandado escrito alguno cuyo objeto sea impugnar la demanda, ni pretensión que dilatase la celebración del juicio (art. 1655); y en la limitación de las pruebas a las relativas a dos únicos extremos: la posesión del demandante y la perturbación del demandado (art. 1656).

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha suprimido los interdictos como un procedimiento especial, al haber sido subsumidos en el ámbito del juicio verbal, regulado en el Título III del Libro II, de los procesos declarativos ordinarios, sin las especialidades procesales antes citadas (justificadas en la finalidad originaria de **tutela** sumaria de la posesión), si bien se mantiene la carencia de efectos de cosa juzgada de la sentencia que recaiga (art. 447.2 LEC).

3.- La pérdida de las citadas especialidades procesales explica que determinados precedentes de las Audiencias hayan considerado que en la actualidad resulta de menor utilidad para el propietario acudir a la "protección interdictal" del art. 250.1.4º LEC (pretendiendo "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"), pudiendo, por lo mismos trámites, acudir al ejercicio de la "acción de precario", con arreglo al artículo 250.1.2º LEC (mediante demandas que pretendan "la recuperación de la plena posesión de una finca ... cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con **derecho** a poseer dicha finca"), o a la acción del antiguo art. 41 LH, con arreglo al art. 250.1.7º (las instadas por los titulares de **derechos** reales inscritos en el Registro de la Propiedad, que "demanden la efectividad de esos **derechos** frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación"). Incluso no plantea mucha mayor dificultad procesal acudir al juicio ordinario en ejercicio de la acción reivindicatoria.

4.- Por el contrario, las acciones de **tutela** sumaria de la posesión ("interdictales", según su terminología clásica), del art. 250.1. 4º LEC, conservan todo su interés para el poseedor de hecho que carezca de los títulos que habiliten el **derecho** a poseer a que se refiere el nº 2 del mismo artículo.

Como se ha señalado por las Audiencias, el art. 250 LEC distingue entre la acción por precario y la acción de **tutela** sumaria de la posesión (interdictal), aunque ambas estén encaminadas a la recuperación de la posesión, de forma que: (i) en el caso de la acción por precario (nº 2) la legitimación activa se reconoce a favor del dueño, usufructuario, o cualquier otra persona con "**derecho** a poseer", de acuerdo con la conocida doctrina jurisprudencial de esta sala (sentencias 21 de marzo de 1961 y 26 de abril de 1963), según la cual el desahucio en precario, para ser eficaz, ha de apoyarse en el fundamento, de parte del actor, de la posesión de la finca a título de dueño, usufructuario, o cualquier otro que le dé **derecho** a disfrutarla; (ii) por el contrario, en el caso del nº 4º, para el ejercicio de la acción de **tutela** sumaria de la posesión, se reconoce legitimación activa a quien haya sido despojado de ellas o perturbado "en su disfrute".

En consecuencia, en el precario se reconoce legitimación activa a quien tiene el *ius possidendi*, aunque no tenga el *ius possessionis*, como poder de hecho sobre la cosa. Por el contrario, en la acción interdictal de



retener o recobrar, únicamente se reconoce legitimación activa a quien se encuentre en el disfrute de la cosa, y lo que pretenda sea una rápida protección para la continuación en el goce pacífico de la cosa, como situación de hecho, en la que haya sido perturbado o de la que haya resultado despojado.

Para la resolución de la presente litis es importante retener que estamos en este segundo caso y no en el primero.

5.- Centrados en el ámbito de las acciones de **tutela** sumaria de la posesión hay que recordar la jurisprudencia de esta sala sobre su ámbito y principales características. Señaló la sala en la sentencia de 21 de abril de 1979 que la protección sumaria interdictal "hallará 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".

6.- Esta finalidad y caracterización de la acción de **tutela** sumaria de la posesión, se ha mantenido en nuestra jurisprudencia a lo largo de los años hasta nuestros días. Así la sentencia de esta Sala Primera 467/2016, de 7 de julio, haciéndose eco de otros precedentes, ha insistido en el dato esencial de que la discusión sobre el título constitutivo del eventual **derecho** a la posesión del demandante interdictal excede del ámbito de esta clase de procedimiento, pues 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 *statu quo* que el demandado ha pretendido alterar, dada la naturaleza cautelar del proceso que, como señala la STS de 29 de julio de 1993, se concibe únicamente en función de otro principal e incluso en ocasiones posterior, del que es procedimiento instrumental o subordinado [...] (STS de 8 de febrero de 1982)".

Se mantiene así el criterio que ya expusiera la sala en la sentencia de 21 de abril de 1979 al subrayar el ámbito restringido y la específica naturaleza de este proceso sumario, que "viene limitado estrictamente a la posesión de mero hecho con exclusión de toda controversia sobre el dominio o cualquier otro **derecho** y del análisis o calificación del título aducido por el poseedor despojado, temas que requieren para su planteamiento y fundada decisión los amplios cauces del proceso declarativo [...]".

7.- En el mismo sentido declaró la sentencia de esta sala 1110/2008, de 25 de noviembre, que:

"Los interdictos son procesos posesorios que, al centrarse en la posesión de hecho, la sentencia carece de fuerza de cosa juzgada, no se pronuncia sobre el **derecho** que pueda justificar la posesión, que cabe dilucidar en un proceso declarativo ulterior. El de retener o recobrar la posesión, los únicos típicamente posesorios, tienen como objeto la conservación o la recuperación de la posesión actualmente tenida. Así, la **tutela judicial efectiva** se limita a mantener la posesión que tenía el demandante o recuperarla, si había sido despojado de ella [...] sin alcanzar a la titularidad de los mismos [...]".

Razón por la cual esta Sala Primera censuraba que la Audiencia hubiera entrado directamente en la discusión sobre la existencia o no de un título jurídico habilitante de la posesión (en aquel caso una servidumbre), tema reservado al correspondiente juicio declarativo.

8.- Como sucedía en el caso de los interdictos de retener y recobrar, los procesos derivados de las acciones de **tutela** sumaria de la posesión del art. 250.1.4º LEC, son procesos cautelares, conservativos y dirigidos a la **tutela** de la posesión como hecho, con objeto de evitar por razones de orden público y paz social la defensa privada, y en los que no se discute ni el **derecho** de propiedad ni cualquier otro, que otorgue el mejor **derecho** a poseer, sino la realidad fáctica de la situación posesoria violentada.

Se trata de una mera garantía para mantener el orden público, evitando los conflictos que pudieran generarse de acudir a las vías de hecho, y que concede la **tutela** provisionalmente, con independencia del **derecho** sustantivo subyacente.

9.- *Requisitos para el éxito de las acciones de tutela sumaria de la posesión.* Partiendo de la anterior caracterización resultante de la jurisprudencia de esta sala, es doctrina extendida y reiterada entre las Audiencias la que señala que son requisitos para la prosperabilidad de las acciones para la **tutela** sumaria de la posesión los siguientes:



- (i) 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;
- (ii) que el actor haya sido inquietado o perturbado, o haya sido despojado de dicha posesión o tenencia;
- (iii) que la acción se dirija contra el causante del despojo, bien por haberlo realizado materialmente, bien por haberlo ordenado; y
- (iv) 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).

10.- Respecto de estos requisitos conviene hacer dos precisiones, relevantes para la resolución de este recurso. En primer lugar, el art. 444 CC establece que los "actos meramente tolerados" (además de los ejecutados clandestinamente o con violencia) "no afectan a la posesión" y, como consecuencia de ello, se han venido negando las acciones de **tutela** sumaria de la posesión (antes interdictales) al usuario por mera tolerancia, cuando se trata de actos que supongan la utilización parcial y no continuada de la cosa. Pero cuando esas acciones recaen sobre un verdadero estado posesorio, que conlleva la utilización o disfrute de manera continuada y exteriorizada, esta Sala Primera ha admitido la procedencia de la acción que nos ocupa frente al despojante (sentencia 467/2016, de 7 de julio).

11.- En segundo lugar, hay que distinguir entre las nociones de "despojo" y de "perturbación". La primera (despojo) se corresponde con aquellos hechos materiales que se concretan en la privación total o parcial del goce de la cosa poseída. La segunda (perturbación) se identifica con las conductas que, sin la voluntad del poseedor o en contra de ella, suponen una invasión o una amenaza de invasión de la esfera posesoria que, sin llegar a su privación, la pone en duda e impide o dificulta su libre ejercicio, tal y como venía realizándose antes de la inquietación. 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.

La perturbación de la posesión puede venir, por tanto, no solo de actos materiales, sino también de meras expresiones verbales (*turbatio verbis*) - sentencia 477/2011, de 7 de julio -, 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.

SEXTO. - *Decisión de la sala. Aplicación de la jurisprudencia al caso. Estimación.*

1.- La aplicación de las reglas que se reflejan en la doctrina reseñada conducen a la estimación del motivo. En el caso no se discute que la demandante venía disfrutando pacíficamente de la posesión de la vivienda arrendada no sólo en sus límites iniciales sino también en la superficie que fue incorporada a dicha vivienda por la construcción del tabique litigioso desde el año 2003, en que realizó dicha obra.

2.- Tampoco se discute que la obra y la subsiguiente posesión fue conocida y consentida por la sociedad propietaria del inmueble, y que durante el tiempo transcurrido desde aquella fecha hasta la celebración de la junta de socios en que se acordó "eliminar el tabique" (13 de junio de 2016) no consta acto o expresión alguna de oposición a dicha obra y posesión, ni haberse ejercitado acción de resolución del arrendamiento por obras in consentidas o interdicto posesorio de recuperación. Por ello esta posesión durante más de doce años ha sido calificada en la instancia como "tolerada". Esta situación, por tanto, encaja en el criterio manifestado en la sentencia 467/2016, de 7 de julio, antes citada, en el sentido de constituir un verdadero estado posesorio, derivado de una utilización y disfrute continuado y exteriorizado, en el que no cabe negar, como a los actos meramente tolerados, parciales y discontinuos, la **tutela** sumaria de la posesión.

3.- También está fuera de duda y de discusión la legitimación activa de la actora, como poseedora perturbada, y la legitimación pasiva de la demandada, como autora del acto al que se imputa la cualidad de perturbación, esto es, el acuerdo adoptado en su junta de socios del 13 de junio de 2016. El hecho de que no se haya ejecutado el acuerdo, llevando a efecto la materialidad del derribo del reiterado tabique, no implica que aquel acuerdo social no integre un acto de perturbación, como manifestación de una *turbatio verbis*, en el sentido antes expresado, esto es, como acto o conducta que manifieste de forma clara la intención de inquietar o despojar al poseedor.

4.- Igualmente es hecho no controvertido que la acción se promovió en una fecha en que no había transcurrido el plazo de un año desde la celebración de la reiterada junta y que, por tanto, la acción ha sido ejercida tempestivamente.

5.- El núcleo del debate casacional se concentra en si el acto de perturbación debe ser ilícito para permitir la prosperabilidad de la acción y, de ser así, si realmente en el caso cabe descartar tal carácter ilícito por el hecho



de que la decisión de la sociedad propietaria del inmueble de "eliminar el tabique" haya sido adoptado como acuerdo formal a través de la regular convocatoria y celebración de una junta de socios, tesis que defiende la demandada, y que ha sido acogida por los órganos de instancia, y a la que se opone la recurrente, oposición que debemos avalar.

6.- Como hemos señalado, las acciones de protección sumaria de la posesión del art. 250.1. 4º LEC, tienen carácter cautelar, provisorio y de conservación del *statu quo* de las situaciones posesorias de hecho, en las que no se discute ni ha de probarse el título de cobertura o **derecho** subjetivo que legitime para poseer, sino la mera realidad fáctica de la situación posesoria violentada. Algunos precedentes, como se ha indicado, añaden el requisito de la existencia de una apariencia razonable de titularidad como *fumus bonus iuris* (que en su cara opuesta entronca en la llamada excepción de "posesión viciosa": arts. 442 y 444 CC). Requisito que, en el presente caso, y a los meros efectos de la decisión sumaria y provisional de que se trata, dejando fuera la decisión definitiva sobre la **efectiva** existencia de algún título jurídico habilitante, no cabe negar a la vista del disfrute pacífico y consentido de la posesión sobre la superficie a la que se extendió la vivienda objeto del arrendamiento y la duración de esa posesión.

7.- Si no resulta preciso que en este ámbito de enjuiciamiento provisorio el demandante interdictal ofrezca pruebas y razones sobre su *ius possidendi*, bastado que ostente el *ius possessionis*, como poder de hecho sobre la cosa en el momento de la perturbación o despojo (a diferencia de las acciones de precario), no cabe desvirtuar esta premisa invocando para enervarla el carácter "lícito" del acto de perturbación o despojo. Alegar que el acto de perturbación, en caso de estar autorizado por el ordenamiento, impide la prosperabilidad de la protección interdictal, supone confrontar el título jurídico del despojante con el del despojado, desbordando con ello los estrechos límites del enjuiciamiento propio de este tipo de acciones.

Como dijimos *supra*, en el precario se reconoce legitimación activa a quien tiene el *ius possidendi*, aunque no tenga el *ius possessionis*, como poder de hecho sobre la cosa. Por el contrario, en la acción de protección sumaria de la posesión, de tipo interdictal, se reconoce legitimación activa a quien se encuentra en el disfrute de la cosa y pretenda una rápida protección para la continuación en el goce pacífico de la cosa como situación de hecho, en la que haya sido perturbado o de la que haya resultado despojado.

8.- Por otra parte, el hecho de que la **tutela** sumaria de la posesión encuentre 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", y para ello se prohíban "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" (sentencia de 21 de abril de 1979), no resulta compatible con la pretensión de eludir esos "cauces jurisdiccionales" mediante el recurso a una actuación de parte, unilateral, como es la adopción de un acuerdo social de la arrendadora del inmueble.

9.- La Audiencia no lo ha interpretado así, pues ha considerado que en este caso "no existe acto de perturbación o despojo o vía de hecho, sino un acuerdo por el que se trata de restituir el estado y superficie de la vivienda arrendada a su situación anterior, esto es, a la existente en el momento de suscribir el contrato de arrendamiento, que deriva de un acuerdo adoptado conforme a la legislación de las sociedades de capital y que no ha sido impugnado por la demandante". Con ello ha infringido la doctrina jurisprudencial de esta sala, pues ha entendido que la existencia de un acto de voluntad de una de las partes contratantes del arrendamiento (la arrendadora), por el hecho de que se haya adoptado con cumplimiento de los requisitos que para su adopción formal requiere la ley de sociedades de capital (convocatoria, válida constitución de la junta, votación, etc), es suficiente para legitimar dicha decisión y anteponerla a la protección posesoria y sumaria que garantizan los arts. 441 y 446 CC.

Esta protección discurre por cauces procedimentales (art 250.1. 4º LEC) distintos a los de la impugnación de los acuerdos sociales (art. 204 LSC), sin que la ley subordine en forma alguna la protección posesoria de la arrendataria que también es socia de la compañía propietaria del inmueble arrendado a la previa impugnación del acuerdo social. El contrato de sociedad, en principio, no interfiere en la relación arrendaticia, de forma que los **derechos** que a uno de los socios corresponde por razón del contrato de arrendamiento, o por su situación posesoria sobre el objeto arrendado, no quedan disminuidos o anulados por el hecho de su condición de miembro de la compañía arrendadora.

10.- La Audiencia basa también su conclusión en el hecho de que en el caso no concurre el *animus spoliandi*. Este argumento no puede mantenerse. Como dijimos en nuestra sentencia 79/2011, de 1 de marzo, "no puede confundirse el *animus spoliandi* con conciencia de ilegalidad pues la intención de despojo se presume siempre, mientras no se demuestre lo contrario, de modo que si los actos denunciados, y probados en el proceso, fueran objetivamente constitutivos del despojo posesorio, poco ha de importar cuál sea la intención del agente



al protagonizarlos, ya que la antijuricidad del hecho no se elimina con la simple alegación de estar en la creencia de que se ejerce un **derecho**, siendo el ánimo elemento definitivo tan sólo en aquellos supuestos de actuaciones ocasionales o equívocas que, incidiendo en el normal disfrute de la posesión ajena, puedan dar o no lugar a la prestación de la **tutela** posesoria según la finalidad con la que se llevan a cabo".

En este caso, como se ha puesto de manifiesto, la intención de eliminación de la posesión de la demandante sobre la parte del piso NUM001 anexionada al piso NUM000 arrendado, desde 2003, resulta evidente, pues consta de manera formal y explícita en el acuerdo de la junta general de la sociedad de 13 de junio de 2016.

11.- En consecuencia, procede la estimación del recurso y casar la sentencia de apelación y, en su lugar, por las mismas razones expuestas, estimar el recurso de apelación y, con ello, estimar la demanda.

SÉPTIMO. - *Costas y depósitos*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y de apelación, que han sido estimados, de conformidad con los arts. 394 y 398 LEC. Las costas generadas por el recurso extraordinario de infracción procesal, que ha sido desestimado, se imponen a la recurrente, y las de la primera instancia a la sociedad demandada, de conformidad con el citado art. 394 LEC.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuestos por Dª. Serafina contra la sentencia n.º 155/2018, de 9 de marzo, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 608/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por Dª. Serafina contra la sentencia n.º 25/2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Barcelona y, con ello, estimar íntegramente la demanda.

3.º- No imponer las costas de los recursos de casación y de apelación.

4.º- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la recurrente, y las de primera instancia a la demandada.

5.º- Devolver a la recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación, y la pérdida del constituido para formular el recurso extraordinario de infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.