

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA: EL DESALOJO EXPRÉS Y LOS ORÍGENES ROMANO-CANÓNICOS DE LA TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN

À propos of the Act 5/2018, amending the spanish Civil Procedure Rules: The «express» eviction and the Roman-canonical origins of the summary protection of possession

FRANCISCO JAVIER CASINOS MORA
Universitat de València

Resumen: La ley española 5/2018 ha intentado resolver el acuciante problema social en España del acceso ilegítimo y detentación de inmuebles, la llamada «ocupación», mediante la adición de unas disposiciones que resitúan el concepto de «precario» en su original significado jurídico romano e implican un sorprendente retorno a los precedentes históricos romano-canónicos de la tutela sumaria de la posesión en derecho español.

Palabras clave: acciones posesorias, *actio spoli*, *exceptio spoli*, *interdictos posesorios*, *interdictum unde vi*, *interdictum unde vi armata*, *precarium*, *spoliatus ante omnia est restituendus*, tutela sumaria de la posesión.

Abstract: The Spanish act 5/2018 has attempted to resolve the pressing social problem in Spain of illegal seizure and unlawful withholding of real estate, the so-called «ocupación» by adding provisions that resituate the concept of «precarious» in its original Roman legal meaning and imply a surprising return to the romancanonical historical precedents of the summary protection of possession in Spanish law.

Keywords: *actio spoli*, *exceptio spoli*, *interdictum unde vi*, *interdictum unde vi armata*, possessory actions, possessory interdicts, *precarium*, *spoliatus ante omnia est restituendus*, summary protection of possession.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha introducido importantes novedades procedimentales en lo relativo a la tutela sumaria de la posesión en España¹ con el propósito fundamental de afrontar de una manera más eficaz y expeditiva el fenómeno de las ocupaciones ilegales de viviendas (fenómeno «okupa»), tanto privadas como pertenecientes al parque de viviendas de las administraciones públicas destinadas a personas o familias necesitadas, fenómeno éste que ha prosperado en un contexto socioeconómico de crisis económica y de exclusión residencial para ciertos sectores vulnerables de la población.

Efectivamente, el significativo aumento de las ocupaciones ilegales ha coincidido no casualmente con la lamentable proliferación de desahucios de personas y familias en situaciones de precariedad económica, como secuela de la crisis económica iniciada en la primera década del presente siglo², y con la consiguiente exacerbación de la sensibilidad social hacia este problema, en la que han buscado cobijo y disimulado intereses lucrativos los ocupantes ilegales, constituidos a menudo en organizaciones de tintes mafiosos con finalidad lucrativa, como deplora la Exposición de Motivos de la Ley 5/2018. No obstante, y en esto se manifiesta la vertiente social de la reforma, la ley prevé la

¹ He aquí una selección de las obras que se han ocupado monográficamente de los aspectos teóricos y prácticos de los interdictos posesorios o de la tutela sumaria de la posesión en España en las distintas regulaciones de esta materia especialmente a lo largo de las últimas décadas: DE LOS MOZOS, J. L., *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1962; SENTÍAS BALLESTER, C., *Tratado práctico de interdictos: la defensa de la posesión*, Barcelona, Nereo, 1978; CABALLERO GEA, J. A., *Los interdictos de retener o de recobrar, y de obra nueva: problemática judicial*, Pamplona, Aranzadi, 1984; DE CASTRO FERNÁNDEZ, J. M., *La protección interdictal: amplitud*, Madrid, Colex, 1986; M. GARCÍA DE MARINA ALLOZA, *Interdictos*, Barcelona, Serlipost, 1992; Consejo general del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial. Los procesos interdictales*, Madrid, 1993; VÁZQUEZ BARROS, S., *Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2000; Id. *Los interdictos. Acciones posesorias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Los interdictos. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2001; VILALTA NICUESA A. E./MÉNDEZ TOMÁS, R. M., *Tutela sumaria de la posesión (interdictos de retener y recobrar)*, Barcelona, Bosch, 2001; GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, Barcelona, Bosch, 2002; DOMÍNGUEZ MOYA, O., *La tutela sumaria para retener y recobrar la posesión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; Cerrato Guri, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; y LÓPEZ PÁSARO, E., *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

² A propósito del contexto socioeconómico que ha aconsejado la reforma, indica Rueda Tortuero, A., «Comentario a la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas», en *CEFLEGAL*, 210, 2018, 8, ajustada y compendiosamente que «la reforma no pretende sino establecer muros de contención a una lacra que viene afectando muy negativamente a las políticas públicas de vivienda social, a los derechos de los propietarios, al mercado de alquiler y en general al mercado inmobiliario y del crédito para financiar su adquisición, y que debe su origen al estallido de la crisis financiera con origen en el mercado americano de las hipotecas *subprime* o de alto riesgo que se extendió muy rápidamente a partir de la segunda mitad del año 2007, provocando una de las mayores turbulencias financieras a nivel mundial que se conocen y que terminó golpeando dramáticamente las economías de las familias medias limitando, si no cercenando, sus posibilidades de acceso a una vivienda».

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

obligatoriedad de trasladar comunicación a los servicios públicos competentes cuando los ocupantes ilegales se encuentren en situación de vulnerabilidad social y la intervención de dichos servicios siempre que consientan en ello los ocupantes (arts. 150.4 y 441 bis LEC).

La regulación de la acción posesoria en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, heredera del llamado «interdicto de retener y recobrar la posesión» de la ley homónima de 1881, excluye evidentemente los casos de despojo de la posesión que caen bajo la órbita del derecho penal, es decir, los constitutivos del delito de usurpación, que regula el art. 245 del Código Penal. Se trata, por un lado, de los despojos posesorios violentos o intimidatorios de inmuebles ajenos que constituyen morada (art. 245.1 CP); y, por otro, de los despojos no violentos de inmuebles o edificios ajenos que no constituyen morada (art. 245.2 CP). En relación con estos últimos, la apreciación de delito es muy restrictiva por aplicación del principio de intervención mínima³. La ajenidad del inmueble es elemento típico fundamental del delito, de modo que la recuperación violenta de una cosa propia, siempre que la *vis* no se emplee sobre las personas, aún perpetrada *ex intervallo* goza de impunidad, sin perjuicio del ejercicio por el despojado de la acción posesoria sobre la que ha incidido precisamente la reforma operada por la Ley 5/2018.

Pues bien, tal regulación de la LEC se ha revelado incapaz de procurar a las personas físicas o entidades propietarias o poseedoras legítimas de viviendas ordinarias o sociales el pronto restablecimiento en la posesión en caso de ocupación ilegal de tales inmuebles no constitutiva de delito. A ese problema práctico de excesiva demora en el restablecimiento de la posesión, con los perjuicios patrimoniales que además conlleva, hay que añadir el de la falta de economía procesal que implica y el problema teórico de la deficiencia técnica que representa la extensión del concepto de precario a las situaciones de posesión no rogada o no consentida a que la jurisprudencia habitualmente se ha visto forzada a incurrir.

Respecto a la solución del problema de la lentitud en el desahucio de los ocupantes ilegales y en la sucesiva reposición en la posesión, la reforma podría generar cierto escepticismo puesto que la celeridad o agilidad no queda asegu-

³ La STS 800/2014, de 12 de noviembre, compendia la doctrina jurisprudencial al respecto: la ocupación no violenta de inmueble o edificio que no constituye morada debe ser una «ocupación ocasional, esporádica, sin vocación de permanencia»; el titular del inmueble objeto de despojo puede ser tanto un particular como una administración pública, sin que la facultad de autotutela de las administraciones públicas implique la despenalización del despojo; y se precisa la concurrencia de dolo, es decir, «el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización del titular del bien para la ocupación del mismo, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir, la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

rada en términos absolutos por la nueva ley, pues las medidas introducidas, que no cabe duda de que mejoran la situación existente, no quedan apuntaladas en la ley por ninguna suerte de tramitación judicial de urgencia en virtud de la cual se pudiera proceder a la ventilación inmediata del asunto una vez presentada la demanda, como si de una urgencia médica se tratara, sino que la rapidez del restablecimiento posesorio sólo queda garantizada desde el momento en que se ponen en marcha las actuaciones judiciales, momento que, habida cuenta de la perniciosa lentitud de la justicia, podría diferir mucho de aquel en que se insta por el interesado la acción posesoria.

En cualquier caso la reforma introducida por la ley 5/2018 presenta en el plano teórico un particular interés por dos motivos: 1.º Porque la ley recupera el significado jurídico original del precario en Derecho Romano, el cual lo relacionaba exclusivamente con situaciones posesorias consentidas, con la consecuencia de sustraer las ocupaciones ilegales no consentidas de inmuebles del procedimiento de desahucio de precario, que se venía aplicando en la práctica forense por impulso jurisprudencial; y 2.º Porque la ley recupera el histórico principio de origen medieval *spoliatus ante omnia est restituendus*, propio de la tradición romano-canónica, seguida por el derecho común histórico español, si bien es cierto que lo hace limitadamente y bajo ciertas condiciones. Con ello se observa una vez más cómo a veces reflorescen los fundamentos y las instituciones jurídicas históricas debido a que su valor y utilidad intemporales los hace recuperables en otras épocas posteriores, habida cuenta de nuevas realidades socioeconómicas. Pero examinemos, en primer lugar, cuáles son los términos de la reforma operada por la Ley 5/2018.

Ante todo, hay que recordar que los fundamentos legales de la recuperación de la posesión se hallan en los arts. 446 y 441 del Código civil, así como en el 1968.1 del mismo cuerpo legal. Según el primero, «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». Por su parte, el art. 441 del Código Civil establece una interdicción de la autotutela al prohibir cualquier forma de recuperación violenta de la posesión basada en la mera autoridad privada, de tal modo que «el que se crea con acción o derecho de privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente».

Aquel «auxilio» o aquellos «medios que las leyes de procedimientos establecen» no son otros que el juicio verbal, por medio del cual, en virtud del art. 250.1 de la LEC de 2000, se deciden las acciones que pretendan: (...) 2.^a «La recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana cedida en

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

precario, por el dueño, usufructuario o cualquier persona con derecho a poseer dicha finca»; (...) 4.^a «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»; (...) 7.^a «Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación». Por último, la acción para recobrar o retener la posesión caduca por el transcurso de un año, conforme a los arts. 1968.1 CC y 439 LEC, que es precisamente el plazo de tiempo, transcurrido el cual, se pierde la posesión en virtud del art. 460.4 CC, quedando al perjudicado entonces la acción petitoria o reivindicatoria a través del juicio ordinario según el valor actual del inmueble.

Pues bien, un ágil desalojo de los ocupantes ilegales y un consiguiente rápido restablecimiento del despojado en la posesión del inmueble no se lograban ante todo por la endémica infradotación de los juzgados. Pero, además, había otras razones de índole técnica que abundaban también en la deficiente operatividad de los procedimientos por despojo o dirigidos al efectivo restablecimiento de la posesión: 1.^a La falta de un resorte procesal, como pudiera ser la existencia de un incidente específico, que resolviera con urgencia las ocupaciones ilegales y junto con él algún tipo de medida que procurara la tramitación de urgencia de esta clase de demandas para no dejar en saco roto la celeridad conseguida con aquel resorte procesal; y 2.^a La indebida utilización en la práctica forense del procedimiento de desahucio de precario, previsto en el art. 250.2 LEC, en las ocupaciones ilegales no consentidas.

Respecto a la deficiencia técnica que representa esa indebida utilización del desahucio por precario en los casos de ocupaciones ilegales no consentidas, había sido ésta justificada tradicionalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde su interpretación dada al art. 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁴, con fines sin duda prácticos, mediante el desarrollo de un concepto muy amplio de precario para nuestro ordenamiento jurídico, lo que le autorizaba a hacerlo seguramente la presencia tan parca que el precario tiene en éste. De hecho, sólo parece referirse al precario sin nombrarlo expresamente el art. 1750 CC⁵ en sede de comodato, lo que ha suscitado la

⁴ Art. 1565.3 LEC 1881: Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda: (...) 3.º Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe.

⁵ Art. 1750 CC: Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

interpretación del precario como una modalidad de comodato sin que por ello deje de concebirse también como un mero estado posesorio⁶, y *expressis verbis* sólo figura el precario en alguna norma procesal como el art. 250.2 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil o en normas procesales precedentes.

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, el precario, institución procedente del Derecho Romano, tanto como mera situación posesoria como más tarde como contrato innominado, que en derecho justinianeo no se diferenciaría sustancialmente del comodato, se extiende a toda hipótesis de utilización gratuita de una cosa ajena, es decir, tanto cuando concurre el consentimiento del titular del inmueble como sin la concurrencia de dicho consentimiento⁷.

En muchas ocasiones el concepto amplio de precario ha servido estratégicamente para evitar la inadmisión de la demanda para la retención o recuperación de la posesión perdida ilegal e involuntariamente por causa de la caducidad de la acción posesoria, es decir, por el transcurso de un año desde el acto de la perturbación o despojo, conforme a los arts. 1968.1 CC y 439.1 LEC, o por la posibilidad de producirse dicha caducidad una vez entablada la acción, habida cuenta de que tal plazo al ser de caducidad y no de prescripción no se interrumpe, pudiéndose, además, apreciar la caducidad de oficio por el juez y en cualquier momento. Por otro lado, la asimilación al precario del fenómeno «okupa» (ocupación consentida/no consentida = precario) si por un lado facilitaba la recuperación de la posesión, por otro, también desdramatizaba de algún modo la situación de despojo posesorio que sufría la víctima en detrimento de ésta.

En fin, como concluye la Exposición de Motivos de la ley 5/2018, «ante la demanda creciente de respuestas ágiles y eficaces sin tener que recurrir a las penales, se plantea esta reforma en la que se adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente previsto en el artículo 250.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mediante el procedimiento desarrollado en los artículos 437, 441 y 444 de la misma». Veamos seguidamente las novedades introducidas por la Ley 5/2018.

La Ley 5/2018 ha agilizado el desahucio de los ocupantes ilegales mediante la creación de un incidente especial. Dicho incidente precisa para activarse *ope legis* la concurrencia de dos presupuestos: 1.º La solicitud al órgano

⁶ Así lo hace la STS 300/2015, de 28 de mayo, que recoge la doctrina consolidada al respecto.

⁷ La STS 1022/2005, de 26 de diciembre de 2005, expone la doctrina consolidada en el Tribunal Supremo sobre la institución del precario: «disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella».

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

jurisdiccional por el demandante de la inmediata entrega de la posesión de la vivienda; y 2.º El acompañamiento a la demanda de título bastante para la acreditación de su derecho a poseer.

El incidente se inicia, conforme al nuevo art. 441.1 bis, con el propio decreto de admisión de la demanda mediante la simple inserción de un requerimiento dirigido a los ocupantes ilegales de aportación en el plazo de cinco días desde la notificación de la demanda de título justificativo de su situación posesoria, transcurrido el cual sin que los ocupantes hayan aportado justificación de su situación posesoria, la autoridad judicial ordena «la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante» mediante auto irrecurrible, concluyendo de este modo el incidente.

Es evidente que con esta sencilla e ingeniosa solución, con este «desalojo exprés», se consigue el propósito práctico de agilizar el desahucio de los ocupantes. Ahora bien, esa celeridad puede verse comprometida si el decreto de admisión de la demanda y la notificación de ésta sufren demoras por las vicisitudes propias del funcionamiento del juzgado en cuestión, como las debidas sin ir más lejos a cuestiones tan nimias como el reparto de asuntos entre los juzgados. Es más, debido a que el plazo de un año para el ejercicio de la acción posesoria es de caducidad y no de prescripción la acción, y con ella el desalojo, podrían quedar malogrados por las meritadas demoras.

Por otro lado, no se indica el plazo en que debe dictarse el auto de resolución del incidente. Da la impresión de que debe dictarse *incontinenti*, una vez transcurrido el plazo de los cinco días sin haber aportado el demandado justificación suficiente de su situación posesoria, pero lo cierto es que no está indicado con precisión. La demora en la emisión del auto igualmente puede malograr la operatividad del «desalojo exprés». Además, tampoco se precisa el tiempo que tiene el juzgador para decidir sobre la suficiencia de la justificación del título de haberse éste aportado. Por último, no se han arbitrado mecanismos que aseguren la tramitación de urgencia de este tipo de procesos, de lo que existen ejemplos en nuestro Derecho, como la declaración de urgencia de la actuación judicial a la que se refiere el art. 131.2 LEC⁸ o la declaración de preferencia de la vista relativa a causa criminal con preso, prevista en el art. 188.6 LEC⁹. En conclusión, la reforma no garantiza la celeridad del restablecimiento de la posesión.

⁸ Art. 131.2 LEC: Se considerarán urgentes las actuaciones del tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial.

⁹ Art. 188.6 LEC: «(...) En este caso, tendrá preferencia la vista relativa a causa criminal con preso (...)».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Regresando a las virtudes de la reforma, también coadyuvan en principio a hacer más expeditivo el procedimiento los amplios términos en que aparece definida la legitimación pasiva, pues la demanda puede «dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes» de la vivienda, como reza el art. 437.3 bis, introducido por la Ley 5/2018, en contraste con la necesidad de identificación del demandado establecida para el juicio ordinario por el art. 399.1 LEC y el 437.1 LEC para el juicio verbal con carácter general. Asimismo, debe advertirse la flexibilidad adoptada respecto a la notificación de dicha demanda, pues basta con realizarla, como prevé el mismo artículo, «a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación»; o como dispone el nuevo art. 441.1 bis LEC: «la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquélla (la vivienda)» y «se podrá hacer a los ignorados ocupantes de la vivienda». De esta manera, la reforma viene a admitir en las hipótesis de recuperación de la posesión del art. 250.4 LEC la viabilidad del emplazamiento a personas indeterminadas o inciertas.

En relación con el contenido de la vista en el juicio verbal sobre tutela sumaria de la posesión, la Ley 5/2018 en el nuevo art. 444.1 bis LEC limita el contenido posible de la oposición a la demanda a dos posibles alegaciones: «La existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda» y «la falta de título por parte del actor». En ambos casos debe tratarse de títulos sólo «suficientes», es decir, meramente indiciarios o aparentes de derechos, pues el juicio verbal no deja de ser con la reforma un proceso sumario y sigue manteniendo su misma estructura y características. Por último, la ejecución de la sentencia estimatoria podrá hacerse efectiva a solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días que el art. 548 LEC prevé con carácter general para el despacho de la ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o de mediación.

Si lo que se pretende es la recuperación del inmueble objeto de ocupación ilegal ya no es posible la utilización del juicio verbal por desahucio de precario conforme al art. 250.2 LEC, sino que necesariamente habrá de seguirse el art. 250.4; ni, al contrario, tampoco podrá utilizar un concedente de precario el «desalojo exprés» del precarista del art. 250.4. Esto comporta importantes consecuencias tanto en el plano jurídico teórico como práctico. Así, en el plano teórico, la recuperación del concepto de precario, propio del Derecho Romano y de la tradición histórica, pues la diferencia entre la situación posesoria consentida o precario de la no consentida u ocupación ilegal establecida en el plano procesal sólo se puede sustentar sobre la base de una diferencia conceptual en el plano sustantivo. Por ello, es de esperar que el Tribunal Supremo abandone

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

el concepto amplio de precario sostenido inveteradamente y lo reconduzca al concepto romano que lo limita a las situaciones posesorias consentidas.

En el plano práctico el art. 250.2 LEC se limitará en el futuro única y exclusivamente a los casos de cesión gratuita y consentida de inmuebles (*precarium*) y no a aquellos otros de ocupación de inmuebles sin consentimiento de su propietario o poseedor, los cuales se reconducirán por fin a la que fue su sede originaria: el art. 250.4 LEC y los precedentes históricos de éste.

Además de la reconducción de la institución del precario a su prístino sentido romano, existe otra institución jurídica histórica que recobra vigor con la reforma operada por la Ley 5/2018. Se trata del principio canónico de base romana *spoliatus ante omnia est restituendus*: «el despojado de la posesión debe ser ante todo restituído en ella». Diríase que con esta reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se reajustan ciertas normas procesales a la realidad socioeconómica mediante la recuperación *mutatis mutandis* de viejas instituciones jurídicas presentes en nuestra tradición histórica, es decir, «usando odres viejos para echar el vino nuevo»¹⁰.

Efectivamente, comparemos primero la situación del actor después y antes de la Ley 5/2018. Con la verificación del llamado «desalojo exprés», decretado por el auto que resuelve el incidente especial creado por la Ley 5/2018, se consigue por el actor la recuperación de la posesión de la vivienda objeto del juicio verbal, continuando dicho proceso su curso hasta llegar a la sentencia, la cual por tratarse de la posesión y no de la propiedad no producirá efectos de cosa juzgada, conforme al art. 447.2 LEC¹¹, y hasta llegar a la sentencia y durante el resto del proceso el actor gozará de la ventaja procesal que le reporta su condición de poseedor en relación con la carga de la prueba (*commodius est possidere potius quam petere*)¹². De la misma ventaja gozará en el caso en que, habiendo obtenido una sentencia estimatoria el actor en el juicio verbal, se entable acción petitoria contra él por el que había sido condenado en la acción posesoria, quien ahora actuaría como reivindicador o *petitor*, pues *melior est causa possidentis quam petentis*¹³, y *semper oneratur petitor*. Por qué razón es más ventajosa la posición del que tiene la cosa nos lo explican las Instituciones de Justiniano: «La ventaja de la posesión está en que aunque la cosa no sea del que posee, si el actor no pudiera probar que es suya, seguirá en

¹⁰ Expresión popularizada a partir de la parábola descrita en Mt. 9, 14-17; Mc. 2, 21-22; y Lc. 5, 33-39.

¹¹ Art. 447.2 LEC: «No producen efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios sobre tutela sumaria de la posesión (...)».

¹² I.4,15,4.

¹³ Principio general del Derecho de origen romano con base en Vlp. 70 ed. D.50,17,154. También recoge este principio Vlp. 73 ed. D.20,1,10: *melior est condicio possidentis*.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

poder de aquél. Por esta razón cuando no está claro a cuál de las dos partes asiste el Derecho suele fallarse en contra del demandante¹⁴.

Por su parte, la situación antes de la reforma de la Ley 5/2018 era que, al no existir el incidente especial para la recuperación, en su caso, de la posesión, el que había sufrido la ocupación no consentida de su vivienda no podía gozar en ningún caso de la condición ventajosa de poseedor y o bien tenía que esperar a que se dictara y ejecutara sentencia estimatoria de su pretensión en el juicio verbal, recayendo sobre él el *onus probandi* de su mejor derecho a poseer; o bien, en el supuesto de no haber obtenido un fallo estimatorio en el juicio verbal, tenía que desempeñar el rol procesal de actor en un futuro juicio petitorio, siendo aquí también mejor la causa o condición del demandado, es decir, la del que fuera a la sazón el ocupante no consentido de la vivienda, al seguir manteniendo ésta en su poder.

En este segundo caso se producía, además, la paradoja de que, habiendo perdido el juicio verbal el demandante y quedando la posesión del inmueble en manos del ocupante, la ocupación de la vivienda venía a ser una suerte de ejecución anticipada de la sentencia. Los decretistas ya advirtieron esta circunstancia y formularon el principio, según el cual, en caso de despojo posesorio de un inmueble no debe juzgarse el mejor derecho a poseer sin previa restitución de la posesión al despojado en todo caso, de modo que éste quede colocado de partida en mejor condición procesal que el despojante y no al contrario, lo que acontece cuando no hay restitución previa. La formulación del principio *spoliatus ante omnia est restituendus* tiene un origen ciertamente curioso pues no procede de una decretal auténtica sino apócrifa, como se verá después.

Pues bien, a través del incidente especial introducido por la Ley 5/2018 se coloca en mejor condición procesal al despojado que al ocupante no consentido. Pero si en derecho canónico el principio relativo a la restitución en la posesión del despojado se formuló en términos absolutos como revela el sintagma *ante omnia: spoliatus ante omnia est restituendus*, con la Ley 5/2018 se requiere, por una parte, que la restitución se decrete en auto dictado en incidente, cuya incoación a su vez precisa, como ya expuse, por un lado, que el demandante solicite la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, y, por otra, que el demandado no aporte título justificativo de su situación posesoria.

¹⁴ I.4,15,4: (...) *Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitem iudicari solet* (...).

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

A falta de alguno de estos requisitos no se podría decretar válidamente el desalojo exprés, pero concurriendo ambos: *spoliatus est restituendus*.

La expeditiva restitución en la posesión en caso de despojo ya fue conocida en derecho romano, pero sería la modelada en la esfera del derecho canónico, formulada sobre la base del primero y concebida en origen sólo en relación con los bienes materiales y espirituales de los obispos, la que gozó de mayor éxito histórico y la que penetró en nuestro derecho común histórico. A diferencia de la romana la solución canónica se extendió a todo tipo de supuestos, a saber, tanto si el despojo era violento como si no lo era, tanto si la posesión se había iniciado con el consentimiento del concedente como sin él e independientemente del tipo de posesión, civil o natural.

Como es bien sabido, el derecho romano conoció la restitución en la posesión de inmuebles a través de los *interdicta recipiendae possessionis: interdictum de vi* e *interdictum de vi armata*, cuya fuente más insigne para la reconstrucción de sus fórmulas continúa siendo el diálogo *Pro Caecina* de Cicerón, pero sólo se podía recurrir a tales interdictos cuando, como indican los términos con que son designados, el despojo posesorio se había producido interviniendo violencia, tanto común (*quotidana*) como armada (*armata*). La diferencia entre uno y otro interdicto radica en que en el segundo no existe la *exceptio vitii*, de modo que quien actúa empleando *vis armata* nunca resulta favorecido por la orden interdictal ni siquiera cuando la posesión del interdictante fue obtenida *vi, clam* o *precario* respecto del interdictado. Constatado por el magistrado el hecho de la actuación violenta para el acceso a la posesión por parte del tenedor actual, el derecho pretorio daba respuesta por medio del interdicto restitutorio pertinente a la exigencia de derecho público de interdicción de la autotutela o de la toma de justicia por la propia mano, pues tal supone que quien administra justicia es juez y parte en la causa. Esta actuación del magistrado era de naturaleza administrativa, basada en su *imperium*, pues resolvía un problema puramente fáctico. No se concebían los interdictos en derecho romano clásico como acciones judiciales. No obstante, el cumplimiento de un interdicto desoído podía ser exigido judicialmente a instancia del interdictante y contra el interdictado por medio de una acción, una *actio ex interdicto* que originaba un complejo proceso judicial.

A diferencia de lo que acontece en el tiempo presente, en que existe una interdicción total de la autotutela respecto a la recuperación de la posesión de inmuebles por razones fundamentalmente de orden público, en tiempos de los interdictos de recuperar la posesión debido a la legitimidad de la autotutela o ejercicio de la autoridad privada (*vim vi repellere licet*) siempre que se ejercie-

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ra proporcionalmente¹⁵ e inmediatamente (*incontinenti*) y no *ex intervallo* se habrían resuelto muchos casos y consiguientemente se habrían visto aliviados de trabajo los pretores. Legítima defensa se consideraba la recuperación de la posesión por el despojado cuando ésta se producía *ilico, in ipso congressu, confestim*¹⁶, es decir, «allí mismo» (en el mismo predio), «en el mismo instante de la perpetración del despojo», «inmediatamente».

Con la *cognitio extra ordinem* se produce la judicialización de los interdictos posesorios, de tal manera que el interdicto dejará de existir como institución con sustantividad propia y se convertirá en acción posesoria. Se conservaría, sin embargo, la denominación de *interdictum* por veneración a la costumbre, como acaeció con tantos otros *nomina* de instituciones, y pasaría a la tradición jurídica dicha nomenclatura. En el caso del derecho español se habló de «interdictos de retener y recobrar la posesión» hasta la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que sustituyó a la precedente de 1881, y fue cambiado el nombre por el de «tutela sumaria de la posesión», si bien en la práctica forense aún se sigue escuchando a menudo el término «interdicto». Pues bien, de la conversión del interdicto en acción dan testimonio expresamente las Instituciones de Justiniano al hablar de «los interdictos o de las acciones que se ejercitan en lugar de aquéllos»: *de interdictis seu actionibus quae pro his exercentur*¹⁷.

En tiempos de gran turbulencia social una constitución de Constantino I¹⁸ habría tenido como objetivo asegurar la eficacia de la tutela posesoria, al establecer que en caso de despojo violento de un inmueble y dentro del plazo de un año desde que éste aconteciera cualquier tipo de poseedor *nomine absentium*, incluso un esclavo, despojado de la posesión, pudiera impetrar de la autoridad judicial la restitución en la posesión interina, *possessio momentaria*, como si la acción posesoria la hubiese intentado el propio dueño: *ut eos momen-*

¹⁵ Como lo expresa una constitución de Diocleciano y Maximiano: C.8,4,1, a. 290: (...) *inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet*.

¹⁶ Iul. 48 *dig.* D.43,16,17; y Vlp. 69 *ed.* D.43,16,3,9.

¹⁷ I.4,15 *pr.*

¹⁸ CTh.4,22,1, a. 326: *Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant atque ita tueantur absentes (...) Nec eos, qui deieci sunt absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experiundo rei secludant, nec si servi sint eorum reiciant in iure personam, quia huiusmodi conditionis hominibus causas orare fas non sit, sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulsimus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos vel amicos et colonos interea differatur. Absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia quae supererunt ad disceptationem litigii immutilata permaneant, iudicio reservato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri. Dat. X kal. novemb. Mediol(ano) Constantino A. VII et Constantio C. Cons.*

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

tariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset, creando así una suerte de panacea de la protección posesoria: el *interdictum/actio momentariae possessionis*¹⁹.

Un importante giro rigorista en esta materia de la tutela de la posesión se produjo merced a una constitución imperial de Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio de 389, de cuyo contenido tenemos información contrastada, pues nos ha llegado tanto directamente a través del Código de Justiniano²⁰ como indirectamente a través de sus Instituciones²¹. En virtud de dicha constitución se proscribió el uso de la violencia en el acceso a la posesión de inmuebles privados o del fisco hasta el punto de establecer graves sanciones patrimoniales a los infractores: en caso de ocupación violenta la pérdida de la propiedad del inmueble, si fuera del dominio del ocupante o, en caso de no serlo, la restitución de la posesión al despojado junto con su valor (*aestimatio*), sin perjuicio de quedar sujeto el que empleó violencia a las responsabilidades dispuestas en la ley Julia sobre la violencia privada y la violencia pública, considerándose incurso en la primera quien expulsa a otro sin empleo de armas, y en la segunda quien empleó armas, entendidas éstas *lato sensu*: escudos, espadas, cascos, palos y piedras, pareciendo una enumeración *ad exemplum*, dada la variopinta naturaleza material de los objetos relacionados. La criminalización del uso de la violencia en el acceso a la posesión debió responder a la necesidad de poner coto a un clima social de extrema violencia y constituye ciertamente un giro modernizante del Derecho hacia la «tolerancia cero» al ejercicio de la autotutela violenta, incluso en los casos en que el sujeto activo goza de la titularidad dominical.

Esta constitución sólo afectó a los actos de ocupación de inmuebles con violencia armada pues para los casos de violencia común o sin armas se admi-

¹⁹ Sobre el llamado *interdictum momentariae possessionis* continua siendo, a pesar ya de su antigüedad, la obra más importante Malafosse, J., *L'interdit momentariae possessionis. Contribution a l'histoire de la protection possessoire en droit romain*, Toulouse, 1947, reimpr. Roma, «L'Erma» di Bretschneider, 1967. Véase también la recensión a esta obra hecha por LEMOSSE, M., en *RHD*, 28, 1951, 588-590.

²⁰ C.8,4,7, a. 389: *Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA.ad Messianum comitem rerum privatarum. Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur. D. XVII k. Iul. Trevisis Timasio et Promoto cons.*

²¹ I.4,15,6: (...) *sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis eius est. dominio eius privatur, si aliena, post eius restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur. qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Iulia de vi privata aut de vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit, sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica. 'armorum' autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intellegimus, sed et fustes et lapides.*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tía la *exceptio vitii* en la acción posesoria, de modo que la prueba del dominio habría justificado la recuperación violenta frente al que rehusaba abandonar el inmueble ocupado, pues la resistencia a abandonar se entendía como posesión con vicio de violencia, e igualmente la prueba del dominio evidenciaba los vicios de clandestinidad o precario, es decir, de ocupación no consentida o consentida pero libremente revocable por el concedente.

En derecho justiniano se unificarán los *interdicta de vi non armata* y *de vi armata* bajo el régimen del segundo, del *interdictum de vi armata*, lo que significa que ningún tipo de violencia empleada en el acceso a la posesión de inmuebles, común o armada, quedaba impune o tolerada, ni se admitía ya a favor del poseedor interdictado la *exceptio vitii* por violencia, clandestinidad o precario, desapareciendo asimismo el plazo de un año para el ejercicio de la acción, propio del *interdictum de vi non armata*²². Esta unificación del régimen de las acciones para recuperar la posesión perdida violentamente suponía la extensión del edicto imperial de 389 a los casos de violencia sin armas, de modo que todo despojante violento quedaba sujeto al rigor de la citada constitución. Así, pues, respecto a la tutela de la posesión en caso de despojo violento, además de la irrogación de la sanción oportuna según el caso, se aplicaría en adelante la regla que siglos después sería enunciada como *spoliatus ante omnia est restituendus*.

Sobre la base del derecho justiniano los decretistas por un lado mitigaron el rigor con que eran sancionados los despojos violentos de la posesión de inmuebles y, por otro, extendieron el remedio procesal a los despojos no violentos y también a los de bienes muebles. Modernamente, de la misma manera que en el derecho canónico existe remedio civil para el despojo no violento pero el violento cae bajo la esfera del derecho penal, subsumible en el delito de usurpación en el caso de los bienes inmuebles.

El régimen canónico se resume en la máxima *spoliatus ante omnia est restituendus*, cuyo origen se encuentra en la llamada *Exceptio spoli*²³, en cuya virtud el obispo que había sido despojado de su cargo no podía ser sometido a juicio en tanto no se procediera a restituirlo en la posesión de todas las cosas de las que había sido despojado. Existe hoy consenso doctrinal sobre el origen apócrifo de la *Exceptio*. En concreto, la autoría de esta falsa decretal se atribuye a Pseudo Isidoro (Isidoro Mercator), el autor de una compilación de la que

²² I.4,15,6: *Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat.*

²³ Sobre esta figura véase por extenso MARTÍ Y MIRALLES, J., *Spoliatus ante omnia restituendus*, Tarragona, 1972, 61 ss.

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

forma parte la decretal de la *Exceptio spoli*. Como ha sido definida²⁴, es la *Exceptio* una «institución de carácter meramente procesal en su forma y, en su fondo, no otra cosa que un privilegio político de los obispos». Una vez integrada en la tradición jurídica canónica como verdadera decretal, esta *Exceptio* dejó de ser un privilegio episcopal para extenderse no sólo a otros cargos eclesiásticos sino también a los individuos laicos. La *exceptio spoli* bien habría podido tener su origen en el derecho romano vulgar, pues una formulación análoga a la regla *spoliatus ante omnia est restituendus* es rastreable en el *Liber iudiciorum*, de carácter romano-vulgar, anterior a la falsa decretal de Pseudo Isidoro²⁵, de ahí que se trate de una muy probable regla romano-canónica.

Graciano incorporó la *Exceptio Spoli* como regla auténtica en su Decreto (*Concordia discordantium canonum*, 1142-1143), apareciendo en el canon *Redintegranda*²⁶, en cuya virtud antes de formular acusación contra un obispo o de comparecer éste formalmente ante el tribunal episcopal (*vocatio ad synodum*) debía restituírsele todo aquello de cuya posesión había sido despojado ya fueran bienes propios o eclesiásticos. Sin tal reintegración no podía celebrarse el juicio. Se trataba, pues, de una excepción procesal pero con la particularidad de que era apreciada *ope iudicis*, de ahí que constituyera un privilegio, una suerte de «privilegio procesal» con fundamento exclusivo en la condición eclesiástica del individuo, en el título del poseedor, de modo que no se protege aquí en realidad al poseedor sino al obispo poseedor. Sólo a partir de la generalización de la norma puede hablarse realmente de tutela posesoria.

Con la decretal *Saepe contingit*, procedente del canon 39 del IV Concilio de Letrán (1215), bajo Inocencio III²⁷, se produce la transformación de la *exceptio spoli* en *actio spoli*²⁸. El nuevo remedio, además de naturaleza de

²⁴ Por MARTÍ Y MIRALLES, J., *Spoliatus*, cit., 63.

²⁵ LI. 5, 7, 5: *Si quis homini ingenuo vel liberto aliquid tulerit, et postea eum sibi voluerit servum addicere: prius reddat quod tulit, et sic de eius conditione contendat.*

²⁶ D.2 C.3; q.1 c.3: *Redintegranda sunt omnia spoliatis, vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione Pontificum, et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per cuascunque iniustas causas, res ecclesiae, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur ante acussationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua.*

²⁷ X. 2, 13, 18: *Saepe contingit, quod spoliatus 'iniuste' per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum iuris, proprietatis amittit effectum. Unde non obstante iuris civilis rigore, sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit 'praesertim,' quoad periculum animae, iniuste detinere, ac invadere alienum) contra possessorem huiusmodi, spoliato per restitutionis beneficium succurratur.*

²⁸ Sobre esta acción es de obligada referencia la obra de RUFFINI, F., *L'actio spoli*. *Studio storico-giuridico*, Torino, 1889, reimpr., Roma, «L'Erma di Bretschneider, 1972. Véase también la reciente contribución de WIMMER, M., «Zur actio spoli – Condictio ex c Redintegranda, Dekretale Saepe contingit und condictio possessionis», en *Österreichisches Archiv für Recht & Religion*, 2017, 676-691.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

acción, se concede al que ha sufrido un despojo posesorio, tanto si es poseedor civil o natural sin limitaciones, con la salvedad de que dicho poseedor o tenedor hubiese sido previamente despojante de quien le despojó. Esta extensión de la legitimación activa a la acción de despojo al mero tenedor distingue la solución canónica de la romana, pues los *interdicta de vi* la circunscribían a los llamados «poseedores interdictales», y es la que ha llegado al moderno derecho procesal, tanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 1651), como a la de 2000 (art. 250.4). En cambio, para el plazo de ejercicio de la acción el derecho procesal español se ha mantenido fiel al plazo romano de un año (art. 1653 LEC 1881; 439.1 LEC 2000 y 1968.1 CC), aplicable desde los tiempos de los interdictos clásicos *de vi* y *de vi armata*, mientras que a la *actio spoli* se aplicó el plazo común a las demás acciones.

Por lo demás, presenta la decretal *Saepe contingit* una importante novedad en relación con la legitimación pasiva a la acción posesoria. En efecto, no sólo es ejercitable la acción de despojo contra el despojante sino contra cualquier poseedor a quien le haya sido trasladada la posesión del inmueble usurpado, siempre eso sí que éste fuere sabedor (*scienter*) de la condición de usurpada de la *res*. Esta decretal amplía, pues, no sólo la legitimación activa sino también la legitimación pasiva del *interdictum de vi*, ya que éste la limitaba al despojante, superando así el *rigor iuris civilis* y mejorando sin duda la posición del despojado ante la usurpación sufrida. Pero frente a la acción de despojo se admitieron por los decretalistas una *exceptio furti* y una *exceptio dominii* a favor del despojante²⁹ cuando el despojo era, en el primer caso, producto de un hurto manifiesto, admitiéndose incluso que el despojo se pudiera verificar en tal supuesto lícitamente *ex intervallo*; y, en el segundo caso, cuando no existía duda sobre la titularidad dominical del despojante, siempre que éste no hubiese actuado con *violentia atrox* con el despojado. Efecto inevitable de la *exceptio dominii* es una mixtificación de juicio posesorio y juicio petitorio, lo que priva de entidad teórica al primero.

Respecto a la recepción de la tradición romano-canónica en materia de despojo en el derecho civil común español, recogen la constitución de Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio de 389 el Fuero Juzgo³⁰, el Fuero Real³¹, las

²⁹ MARTÍ Y MIRALLES, J., *Spoliatus*, cit., 73 ss. La existencia de estas excepciones a la regla procesal *spoliatus ante omnia est restituendus* junto con otras muchas constituye la tesis central del autor.

³⁰ FJ. 8,1,2: *Quien echa á otro omne por fuerza de lo suio, ante que el iudicio sea dado, pierda toda la demanda, maguer que aya buena razón. E aquel que fue forzado, reciba su posesión, et todo lo suyo que tenía entréguelo en paz á qui toma por fuerza la cosa que non puede vencer por iudicio, pierda lo que demanda, y entregue al tanto á aquel que fue forzado.*

³¹ FR. 4,4,4: *Si algun home entráre, ó tomáre por fuerza alguna cosa que otro tenga en juro ó en poder, y en paz, si el forzador algún derecho y habie, piérdalo: ó si derecho y no habie, entréguelo con otro*

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

Siete Partidas³² y la Novísima Recopilación³³. De este modo, una suerte de régimen criminalizado del despojo violento de la posesión queda sancionado en los códigos históricos con la pérdida de la propiedad en favor del despojado en caso de que el despojante tuviere la titularidad dominical del inmueble o con el pago de su «valía» al despojado en caso de no ser dueño. Se puede ejercitar el interdicto o acción de despojo contra todo despojante, incluso dueño del inmueble, y también contra quien ordenó el despojo si no es el mismo que el que lo perpetró y contra el que recibió la posesión del inmueble a sabiendas del despojo³⁴. Asimismo, a quien demanda la posesión de un inmueble se le puede oponer una *exceptio spoli* por el demandado que alega haber sufrido un despojo previo del actor³⁵.

Respecto al despojo no violento o clandestino, la situación antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 es la siguiente: habiendo recibido el juez información sobre el hecho del despojo y su autoría, así como la condición de despojado del reclamante, se procedía a la restitución de la posesión, quedando al despojante el derecho a reclamar en el juicio plenario correspondiente, pues no causaba estado el fallo de restitución. El *Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo á la real jurisdicción ordinaria* de 1835 disponía en su art. 44 que «toda persona que fuere despojada ò perturbada en la posesión de alguna cosa profana ò espiritual; sea lego, eclesiástico ò militar el despojante ò perturbador, podrá acudir al juez letrado de primera instancia del partido o distrito para que la restituya y ampare; y dicho juez conocerá de estos recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda (...)». Se aplicaba, pues, la regla *spoliatus est restituendus*; restituir o amparar es el objeto del juicio «sumarísimo». Asimismo, en la mención separada de legos y eclesiásticos se advierte la impronta de la vieja disposición canónica.

La LEC de 1855, que reguló el «interdicto de recobrar la posesión» en sus arts. 724 a 737, evocando la vieja figura romana del *interdictum*, aunque se

tanto de lo suyo, ó con la valia, á aquel á quien lo forzó: mas si alguno tiene que ha derecho en alguna cosa que otro tuviere en juro de paz demandelo por el Fuero.

³² SP. 7.10.10: *Entrando ó tomando alguno por fuerza por sí mismo sin mandado del judgador cosa agena, quier sea mueble ó raíz, decimos que si derecho ó señorío alguno habia en aquella cosa que asi tomó, que lo debe perder: et si derecho nin señorío non habie en ella, debe pechar á aquel á quien la tomó ó la entró tanto quanto valie la cosa forzada: et demás débelo entregar della con todos los frutos et esquilmos que ende levó (...).*

³³ NR. 11,34,1: *Si alguno entrare ó tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algun derecho ahí había, piérdalo; y si derecho ahí no había, entréguelo con otro tanto de lo suyo, ó con la valia, á aquel á quien lo forzó: mas si alguno entiende, que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro ó en paz, demándelo.*

³⁴ SP. 3, 2, 30.

³⁵ SP. 3, 10, 5.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tratara realmente de una acción, permitió al despojado pedir la reposición en la posesión con o sin audiencia del despojante y debiendo en el segundo caso obligatoriamente prestar fianza para responder de los eventuales perjuicios que pudieran resultar de la restitución³⁶, exigencia establecida en previsión de que pidiera el interdicto quien no se hallaba realmente en la tenencia del inmueble. Así, pues, se aplicaba la regla *spoliatus est restituendus* cuando el demandante, habiendo informado al juez de que se hallaba en posesión o tenencia de un inmueble y de que había sido despojado de él designando al autor del despojo, solicitaba la reposición en la posesión y prestaba fianza. Faltando alguno de estos requisitos, una vez ofrecidas las informaciones por el actor, el juez convocaba a ambas partes a juicio verbal para dirimir la controversia sobre la posesión y debía pronunciar sentencia en el plazo de veinticuatro horas³⁷, debiéndose verificar la restitución de la posesión en caso de sentencia condenatoria aunque ésta fuera apelada³⁸. La sentencia era, pues, ejecutiva sin embargo de apelación, siguiéndose de este modo el criterio establecido en el artículo 66 del Reglamento provisional de 1835.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que disciplinaba conjuntamente el interdicto de retener y recobrar la posesión en sus artículos 1651 a 1662 y lo implementaba igualmente a través del juicio verbal, dejará de aplicar en rigor la regla *spoliatus est restituendus*, pues la reposición en la posesión procedía sólo merced a la sentencia definitiva que declaraba haber lugar al interdicto³⁹ y no con anterioridad, pues se suprimía la posibilidad de obtener la restitución de la posesión antes de la sentencia previa prestación de fianza o de cualquier otro modo. Es más en caso de apelación de la sentencia dicha apelación era admitida en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, de modo que no procedía la ejecución de la sentencia, es decir, la restitución de la posesión, sino en caso de sentencia firme confirmatoria⁴⁰. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no modifica en este punto el régimen procesal de modo que no hay previsión de restitución en la posesión y lanzamiento del demandado ocupante del inmueble con anterioridad a la sentencia declarativa de haber lugar a la tutela sumaria de la posesión⁴¹.

³⁶ Art. 724 LEC 1855.

³⁷ Art. 734 LEC 1855.

³⁸ Art. 736 LEC 1855.

³⁹ Art. 1658.2.º LEC 1881: En la sentencia que declare haber lugar el interdicto por haber sido despojado el demandante de la posesión o de la tenencia, se acordará que inmediatamente se le reponga en ella, y se condenará al despojante al pago de las costas, daños y perjuicios y devolución de los frutos que hubiere percibido.

⁴⁰ Arts. 1659 y 1660 LEC 1881.

⁴¹ Art. 447 LEC 2000.

A PROPÓSITO DE LA LEY 5/2018, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY... ■

En fin, con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 por la ley 5/2018 y merced al incidente incorporado al juicio verbal conducente al «desalojo exprés» se ha recuperado inopinadamente la aplicación de la regla romano-canónica *spoliatus est restituendus* con una extensión y un sentido equiparables a los que tenía incluso antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, si bien no *ante omnia*, como decía la vieja regla medieval, ya que la restitución no es automática ni operativa en todo caso pues se han de cumplir ciertos presupuestos. Si se dieran las condiciones óptimas de tiempo dicha regla, en el modo en que ha sido implementada por la ley 5/2018, podría satisfacer con la rapidez ansiada por el justiciable tanto el interés privado del despojado en desalojar al ocupante y recuperar la vivienda o inmueble como el mantenimiento del orden público, esto es, los fines privado y público, propios de la tutela sumaria de la posesión.

