



---

**Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

***Grado en Derecho***

***LA ACCIÓN PUBLICIANA***

**Presentado por:**

***Pedro Pérez Vicente.***

**Tutelado por:**

***José Javier de los Mozos Touya.***

**Valladolid, .... de ....de.....**

## **RESUMEN:**

La acción publiciana protegió al poseedor en vías de usucapir cuando en su forma de adquirir hubiese un defecto de forma o en los casos de falta de titularidad en el transmitente. En época justiniana esta acción restringió su ámbito de aplicación al supuesto del adquirente a non domino a través de traditio ex iusta causa como consecuencia de la desaparición de mancipatio y de la in iure cessio como modos de adquirir la propiedad. El remedio se conserva con esta y otras funciones en Derecho medieval y común hasta llegar a los códigos decimonónicos, que no la mencionan. Este silencio llevó a la doctrina posterior a la codificación, sobre todo a la doctrina francesa e italiana, y más tarde a la española, a debatir sobre la permanencia de esta acción en sus respectivos derechos positivos. Tras el estudio del origen y evolución de esta acción pretoria, veremos cuál es la configuración jurisprudencial actual de este remedio.

## **PALABRAS CLAVE:**

Acción publiciana; dominio; possessio ad usucapionem; mejor derecho a poseer; buena fe y justo título.

## **ABSTRACT:**

Publician action protected the possessor undergoing usucapion in the event of a formal defect in the manner of acquisition or in cases of lack of ownership in the tradens. In Justinian times, the scope of this action was restricted to cases of acquirers a non domino through traditio ex iusta causa, as a consequence of the disappearance of mancipatio and in iure cessio as methods of acquiring property. The remedy was preserved with this and other functions in Medieval and Common Law, until the nineteenth-century codes which no longer mention it. This silence led to the doctrine that followed codification (especially to the French and Italian, and later the Spanish, doctrine) in which the permanence of this action as part of their respective positive law became a subject for debate. After conducting a study of the origins and development of this Praetorian right, we shall observe the current case law configuration of this remedy.

## **KEY WORDS:**

Public action; domain; acquiring possession; best right to possess; good faith and fair title.

## **ABREVIATURAS:**

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.	ABGB
Anuario de Derecho civil.	ADC
Artículo.	ART
Bürgerliches Gesetzbuch.	BGB
Codex Iustiniani.	C
Código civil. Code civi. Codice civile	C.c.
Colección Legislativa.	CL
Digesta Iustiniani.	D
Institutiones Iustiniani.	IJ
Jurisprudencia civil.	JC
Ley de Enjuiciamiento civil.	LEC
Ley Hipotecaria.	LH
Partidas.	P
Real Decreto.	RD
Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.	RJA
Revista de Derecho privado.	RDP
Revista General de Legislación y Jurisprudencia.	RGLJ
Rivista di diritto civile.	RDC
Sentencia del Tribunal Supremo.	STS
Tribunal Supremo.	TS

## INDICE

INTRODUCCIÓN:.....	8
CAPITULO I: LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO ARCAICO.....	9
De las acciones ex delicto a la legis actio sacramento in rem.....	9
La teoría de la propiedad relativa.....	10
CAPITULO II: PERIODOS PRECLÁSICO Y CLÁSICO .....	12
Evolución del sistema de acciones reales. ....	12
Nacimiento de la noción absoluta del derecho de propiedad. ....	13
Creación de la actio in rem publiciana.....	13
Propiedad bonitaria y posesión de buen fe.....	14
CAPITULO III: DESARROLLO POSTCLÁSICO Y JUSTINIANO DE LA PROTECCIÓN A LA <i>BONAE FIDEI POSSESSIO</i> .....	15
Retorno al primitivismo del periodo arcaico. ....	15
Quiebra del sistema de <i>actiones</i> y eclipse de la <i>actio publiciana</i> . ....	16
Vicisitudes de las acciones posesorias en el periodo postclásico.....	17
La <i>actio publiciana</i> en el Derecho justiniano.....	18
CAPÍTULO IV: LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO INTERMEDIO.....	19
La protección de la posesión de buena fe en la alta edad media. ....	19
La acción publiciana en la Recepción: funciones que le fueron asignadas.....	20
La acción reivindicatoria en la doctrina romanista medieval.....	22
Fundamentación y configuración de la acción publiciana en la Recepción. ....	24
El quasi dominium en la Recepción castellana, especialmente en las siete partidas de Alfonso X.....	24
La acción publiciana en relación con la sistematización resultante de la elaboración doctrinal medieval.....	25
CAPÍTULO V: LA ACCIÓN PUBLICIANA EN VISPERAS DE LA CODIFICACIÓN. .....	27
Conceptuación del dominio. ....	27

Interrelación entre los distintos remedios procesales aptos para la tutela del dominio con alcance relativo. ....	28
Función y características de la acción publiciana en la doctrina española previa a la codificación.....	29
La acción publiciana en la doctrina de J. DOMAT y R. J. POTHIER.....	31
Evolución de la acción publiciana en la doctrina española anterior a la codificación. ....	34
<b>CAPÍTULO VI: LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>36</b>
Protección del mejor derecho a poseer en el ordenamiento francés: la fusión de las acciones reivindicatorias y publiciana operada por la jurisprudencia. ....	36
La tutela del mejor derecho a poseer en Italia: su evolución doctrinal y jurisprudencial tras la codificación. ....	37
Subsistencia de los principios de la acción publiciana en los códigos civiles alemán y austriaco. ....	39
Las acciones reales en el Derecho anglosajón. ....	41
La protección de la posesión de buena fe en los códigos civiles de la República Argentina y de Costa Rica. ....	42
Otras fundamentaciones de la tutela del dominio relativo a través de la reivindicatoria. ....	43
<b>CAPÍTULO VII: LA ACCIÓN PUBLICIANA Y EL MEJOR DERECHO A POSEER EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.....</b>	<b>45</b>
Las sucesivas leyes de Enjuiciamiento civil: el art. 1658, párrafo 3º de la LEC. De 1881 como posible fundamento de la acción publiciana. ....	45
La legislación hipotecaria en relación con la acción publiciana. ....	48
Tutela del mejor derecho a poseer en el código civil español. ....	56
Exclusión de la acción publiciana del campo de las acciones reales sobre bienes muebles. ....	60
<b>CAPITULO VIII POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA ACCCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.....</b>	<b>61</b>
Posturas negadoras de la pervivencia de la acción publiciana en el Derecho español vigente. ....	61

La consideración de la acción publiciana como embebida en la acción reivindicatoria actual.....	64
Consideración de la acción publiciana como independiente de la acción reivindicatoria.....	66
Rigor probatorio del dominio en la acción reivindicatoria según la doctrina de nuestro Tribunal Supremo.....	68
Admisión y configuración de la acción publiciana por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	71
CAPÍTULO IX: OPCIÓN SOBRE LA PERVIVENCIA, CONCEPTUACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.....	75
Cuestión acerca de la pervivencia de la acción publiciana.....	75
Inviabilidad de la prueba del dominio en acción reivindicatoria con base en presunciones judiciales.....	77
Configuración de la posesión protegida por la acción publiciana: el justo título.....	78
Supuesto de hecho de la acción publiciana, en el Derecho civil español.....	80
Aspectos procesales de la acción publiciana.....	82
CONCLUSIONES.....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	92

## INTRODUCCIÓN:

La *acción publiciana* se trata de una acción que protege al poseedor en concepto de dueño, cuando aún no ha consumado a su favor la usucapión, en razón de que la buena fe del poseedor legitima su título posesorio otorgándole un mejor o superior derecho a poseer, como el que tendría si realmente fuera ya dueño de la cosa poseída.

La *acción publiciana*, "*publiciana in rem actio*" o "*vindicatio utilis*" en el Derecho Romano, fue originariamente un remedio concedido por el pretor PUBLICIO a aquellos poseedores que, habiendo adquirido con buena fe y justo título una cosa, y encontrándose en trámites de adquirirla por usucapión, perdían la posesión de ella antes de usucapir, con el fin de que mediante dicha acción pudieran dirigirse contra cualquier detentador que tuviese un título inferior al actor. **Así pues, la *acción publiciana* protege al poseedor de mejor derecho frente a otro poseedor de peor derecho.**

En el derecho moderno se trata de una acción que protege al poseedor en concepto de dueño, cuando aún no ha consumado a su favor la usucapión, en razón de que la buena fe del poseedor legitima su título posesorio otorgándole un mejor o superior derecho a poseer, como el que tendría si realmente fuera ya dueño de la cosa poseída.

Es pues la *publiciana*, una acción propiamente dirigida a preservar la posesión del usucapiente, que no el dominio, aunque el dominio pueda resultar protegido indirectamente, en la medida que la estimación de la *acción publiciana* pasa por reconocer el mejor derecho del poseedor, y conlleva la ficción de que había cumplido lo necesario para usucapir. En esta línea, señala González Poveda que su fundamento es la ficción de que el poseedor demandante había ya cumplido lo necesario para adquirir por usucapión.

El estudio de la *acción publiciana*, conserva un gran interés por la pervivencia de este remedio procesal en el Derecho español vigente y por su evolución histórica que se explica por su inserción en la doctrina de los derechos reales, puesto que se encuentra a caballo entre la propiedad y la posesión.



## CAPITULO I: LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO ARCAICO

### De las acciones ex delicto a la legis actio sacramento in rem

Es nota común a los ordenamientos jurídicos arcaicos y a los estadios primitivos de los distintos ordenamientos, el que la protección de la propiedad y la persecución del acto ilícito, aparezcan como un único marco procesal.

En tal sentido señala M. KASER con respecto a los orígenes del Derecho romano <sup>1</sup> que en una primera etapa, hubiese total identidad entre pertenencia jurídica y mera posesión de hecho, permitiéndose la afirmación que en el Derecho romano arcaico persecución de la cosa y persecución del robo van de la mano.

Idéntica situación puede constatarse en el Derecho germánico.

En el Derecho romano más antiguo, la persecución de la cosa y del delito tiene como consecuencia de la exclusiva carga de la prueba sobre el demandado. En consecuencia es obligación del poseedor, el defenderse de tal sospecha de robo, objetivo este que solo puede alcanzar probando su derecho a poseerla cosa litigiosa. Parece incomprensible esta situación desde las concepciones jurídicas contemporáneas pero en opinión de G. DIOSDI<sup>2</sup> atendiendo al carácter delictual de la tutela de las relaciones del hombre con las cosas en los ordenamientos arcaicos se explica fácilmente.

Por lo tanto, los mecanismos a través de los cuales la conexión entre persecución del acto ilícito y persecución de la cosa, implicaba la incumbencia de la carga de la prueba sobre el demandado en el Derecho romano arcaico.

Los mismos mecanismos se reproducen en el primitivo Derecho germánico en materia de bienes muebles.

La primitiva *vindicatio* romana, en tanto continuase influenciada por la persecución del delito, debió presentar una peculiar distribución del *onus probandi*, aunque posteriormente se fuese trasladando la carga de la prueba sobre el actor, a medida que se depurase su carácter de acción independiente de la persecución del delito.

---

<sup>1</sup> Vid. M. KASER, *Eigentum und Besitz in das älteren Römischen Recht*, Göttingen, 1943, pág. 35.

<sup>2</sup> Vid. G. DIOSDI, *Ownership in ancient and preclassical roman law*, Budapest, 1970, pág. 103.

Ello implica la pérdida gradual de la acción *ex delicto* por parte de la *vindicatio*, dando lugar a una nueva situación en la que ambas partes habrían de compartir de forma más o menos equilibrada la carga de probar sus derechos sobre la cosa litigiosa.

Así se explica que la separación entre persecución de la cosa y del delito, favorecida por la publicidad de las transmisiones, deje paso a un cambio en la *vindicatio*, del que se derivará la equiparación de las partes en el proceso en cuanto a la carga de la prueba.

De este modo el Derecho romano arcaico concede amparo procesal mediante la *vindicatio*, no solamente a quien tiene un derecho sobre la cosa oponible *erga omnes*, sino también a quien ostenta una posición comparativamente mejor que la de su adversario, ya que la *legis actio sacramento in rem* tanto en su hipotética forma primitiva, como en la forma que nos presenta GAYO, no admite otra interpretación. Ambas partes hacen en ella afirmación de pertenecerles la cosa, lo cual solo tiene sentido si el proceso puede consistir en la comparación de sus respectivas situaciones en relación con la cosa litigiosa.

### **La teoría de la propiedad relativa**

En cuanto a la posible existencia en el periodo romano arcaico de una noción relativa de propiedad, que se trasluciese a través de las acciones que la protegían, fue R. IHERING el primero en sugerir que la antigua *vindicatio* debió cumplir la misma función que más tarde asumiría *la actio in rem publiciana*, basándose en el hecho de que en *la legis actio sacramento in rem*, ambas partes en litigio viniesen obligadas a probar su derecho sobre la cosa.

Va a ser M. KASER quien desarrolle esta sugerencia, aplicándola a la evolución de los derechos reales en general, configurando una postura doctrinal que no ha sido pacíficamente aceptada.

KASER se apoya en los siguientes pilares:

- La falta de una denominación precisa del dominio en el antiguo Derecho romano.
- La protección procesal más antigua de gozó la propiedad, fue la protección de tipo penal.
- La clave de la teoría viene dada por la estructura *de la legis actio sacramento in rem*, como proceso en el que ambas partes afirman su derecho y ambas han de probarlo.

- La *mancipatio* constaba de un elemento real y otro obligacional que era la *auctoritas*.
- La *vindicatio* debió cumplir la misma función que luego asumió la *actio publiciana*.
- Los estudios de derecho arcaico comparado abonan indudablemente la teoría de la propiedad relativa.

Frente a estos argumentos VOICI<sup>3</sup> prefiere mantener la solución opuesta.

- Opone a la falta de una denominación concreta del derecho de propiedad, la existencia del nombre genérico de *potestas o manus*, añadiendo que tales derechos del *paterfamilias* no pudieron ser absolutos sobre unas cosas y relativos sobre otras.
- En cuanto al origen de la protección de la propiedad, cifrado en la persecución del *furtum*, admite su verisimilitud en materia de bienes muebles.
- Frente al apoyo que la estructura de la *legis actio sacramento in rem* presta a la teoría de la propiedad relativa, su principal fundamento en las fuentes, VOICI objeta la inconveniencia que supone deducir consecuencia sustantivas de realidades procesales.
- Es difícil admitir que el Derecho arcaico otorgase protección a quienes habían omitido las formalidades prescritas en la transmisiones de bienes, por lo que habría de conformarse tal tipo de poseedor con la simple *tutela interdictal*.

Admitida la posible existencia de una noción relativa de la propiedad en el más antiguo Derecho romano, conviene fijar los límites.

La propiedad adquirida de modo originario debió ser considerada siempre como absoluta, porque el derecho que no depende de la *auctoritas* de ningún causante, sea un título de fuerza insuperable sobre la cosa, siendo esta más lógica la que impone que el transcurso de plazo para usucapir, convierta la *possessio ad usucapionem* en propiedad absoluta. Queda, pues, reducido el ámbito de mejor derecho a poseer o propiedad relativa a las adquisiciones derivativas, y ello, solamente durante el transcurso de los breves plazos establecidos para la usucapión. En estos estrechos límites, dentro de los cuales se debió hacer sentir la necesidad de protección del mejor derecho a poseer, es probable que la *legis*

---

<sup>3</sup> Vid. P. VOICI, *Modi di acquisto della proprietà*, págs. 276 y sigs., Milán, 1952.

*actio sacramento in rem* diese amparo también a aquellas situaciones para cuya protección hubo de ser creada posteriormente *la actio publiciana*, siendo la primera de ellas apta para la comparación de las respectivas titulaciones de las partes sin necesidad de recurrir a la ficción que caracteriza a la segunda.

## CAPITULO II: PERIODOS PRECLÁSICO Y CLÁSICO

### Evolución del sistema de acciones reales.

Un hecho de gran importancia en este proceso evolutivo es la aparición de nuevos remedios procesales en cuanto a la tutela de los estados posesorios, que fueron los *interdictos*.

La fecha aproximada de su aparición en relación con el tema que nos ocupa reviste cierta importancia, ya que el nacimiento de la *tutela interdictal* junto con el procedimiento denominado *agere in rem per sponsionem*, señala a juicio de KASER el comienzo de la etapa en que el dominio se considera ya como un derecho absoluto y el momento en que pudo surgir la necesidad de una protección específica de la propiedad relativa que impulsase al pretor a crear la *actio publiciana*<sup>4</sup>.

En cuanto a los *interdictos de utrubi* para cosa mueble que protegerá a quien más tiempo hubiese poseído la cosa en el año anterior y *uti possidetis* para bienes inmuebles que protegerá al poseedor actual. Ambos estuvieron limitados a la posesión no viciosa, como se desprende de la cláusula edictal referida al *uti possidetis*, deja entrever que no restringiéndose a los hechos el debate, el vencedor en el proceso *interdictal* tendría en cierto modo probado su mejor derecho, lo que explicaría en parte su posición más ventajosa en un subsiguiente pleito.

Sobre la propiedad las referencias más antiguas aparecen en obras de PLAUTO y TERCENCIO en torno al 200 a. c. y al 161 a. c. respectivamente, lo que llevaría a establecer como probable aparición entre las décadas finales del siglo III a. c. y primeras del siglo II a. c.

---

<sup>4</sup> Un paso más en esta dirección dio E. LEVY, al afirmar que la noción absoluta del dominio en toda su pureza, es consecuencia de la creación de la *actio publiciana*. *Vid. Preuve de la propriété par titre, París, 1896.*

Completan el cuadro de remedios posesorios con los que contara el Derecho romano clásico los *interdictos recuperatorios de Vi*, cuyo ejercicio había de tener lugar dentro del año siguiente al despojo y *Vi armata*, carecía de este límite temporal a su ejercicio, tampoco contenía la cláusula *Vitti*, por lo que impensable que en él pudiesen haber objeciones al mejor derecho a poseer.

Ambos surgen en época republicana<sup>5</sup>.

En los procesos petitorios, el *agere in rem per sponsionem* y la fórmula petitoria son los procedimientos que en época preclásica del Derecho romano sustituyen a la vieja *Vindicatio*, paralelamente el Derecho petitorio arbitrará otro remedio, la *actio publiciana*, que protegerá la llamada *propiedad bonitaria* y la posesión de buena fe como situación de propiedad relativa.

### **Nacimiento de la noción absoluta del derecho de propiedad.**

En el momento de la evolución de los derechos reales en Roma, se dan las condiciones necesarias para que tenga lugar otro cambio, la *actio publiciana*. Este cambio no es otro que la conceptualización del derecho de propiedad como un derecho absoluto, que dentro de la evolución que se refleja adquiere cada vez mayor relevancia sustantiva y especialmente procesal, significa que precisamente el título dominical se concibe a partir de tal momento como el supremo título de pertenencia, oponible frente a cualquier poseedor.

KASER data la aparición del vocablo *dominium* en los últimos tiempos de la república y atribuye este acontecimiento a las modificaciones surgidas por unas acciones reales y el creciente individualismo como factores desencadenantes que representan la victoria definitiva del dominio absoluto sobre la propiedad relativa.

### **Creación de la *actio in rem publiciana*.**

La *actio in rem publiciana* la introdujo el pretor en su edicto en el año 67 a. de c. como fecha más aproximada. A esta adaptación se ha llegado a través de un conjunto de textos de los que solamente el más tardío hace referencia directa al momento de aparición de la *actio publiciana*.

Son las instituciones de Justiniano(4, 6, 4), las que así nos hablan del origen de la acción, según P. BONFANTE<sup>6</sup>, la alusión a un pretor PUBLICIO en el texto citado, no

---

<sup>5</sup> Vid. A. WATSON, op. Cit., pág. 89.

puede entenderse referido a ninguno de los pretores de este nombre que se conocen, ya que unos son anteriores a la *LEX AEBUTLA*, lo que obliga a descartarlos y el que menciona CÍCERON<sup>7</sup>, es citado en segundo lugar, lo que indica que debió tratarse de un pretor peregrino, motivo por el que debe ser excluido pese a ser el más próximo a la fecha que se acepta como probable.

La gestación de la noción del dominio como derecho oponible frente a todos y la aparición de la *acción publiciana* como solución a los problemas que resultaron de la incorporación de este nuevo concepto a un ordenamiento jurídico caracterizado por su rigidez y el formalismo. Estos problemas cuya solución depende del equilibrio que pueda lograrse entre la equidad y el derecho estricto, surgen por lo tanto a medida que la titularidad o vertiente subjetiva de las relaciones jurídico-reales van ocupando el rango pertinente que le corresponde en los ordenamientos jurídicos técnicamente más perfectos y encuentran sin duda en la *acción publiciana* la mejor de las soluciones, tanto en el correctivo del formalismo de las transmisiones en su papel de amparo en la *propiedad bonitaria*, como correctivo del rigor probatorio del *dominium*, finalidad que cumple al proteger el *bonne fidei possesor*, siendo la nota común en ambas situaciones, la existencia en ellas de una titularidad imperfecta desde el punto de vista del *ius civile*.

### **Propiedad bonitaria y posesión de buen fe.**

Establecida la conceptualización de la *actio publiciana* en el Derecho romano clásico como acción real, se puede definir como aquella acción mediante la cual el propietario bonitario o el poseedor de buena fe que hubiese perdido su posesión podían dirigirse contra el poseedor actual de la cosa merced a la ficción del transcurso del plazo necesario para haber usucapido.

Por una parte se hallan los propietarios bonitarios, cuyo derecho sobre la cosa gozó de protección *erga omnes* al disfrutar simultáneamente de la *actio publiciana* y de la *exceptiones rei venditae et traditae y doli*, las cuales paralizaban la *rei vindicatio* del dominio así como las mismas *replicationes* que hacían inoperante la *exceptio iusti domini* correspondiente al dominio frente a la *actio publiciana* u otra acción ficticia de la que podían ser ejercitadas por el propietario bonitario.

---

<sup>6</sup> Vid. P. BONFANTE, *Corso de diritto romano*, t. II, pág. 326, Roma, 1928.

<sup>7</sup> CÍCERÓN, *pro cluentio* 45.126.: *cum defendissem apud M. Iunium Q. PUBLICIUM praetores...*

Por otro lado se encontraron los *bonae fidei possessionis* a quienes la *actio publiciana* sin otro complemento proporcionó únicamente tutela relativa que había de sucumbir frente a la *rei vindicatio* del dominio o la *exceptio iusti domini* del supuesto contrario.

### **CAPITULO III: DESARROLLO POSTCLÁSICO Y JUSTINIANO DE LA PROTECCIÓN A LA *BONAE FIDEI POSSESSIO*.**

#### **Retorno al primitivismo del periodo arcaico.**

Tras la brillante labor de adaptación del Derecho a las nuevas realidades realizadas por los juristas del periodo preclásico, la jurisprudencia clásica realiza una labor de refinamiento, menos creativa.

Tras más de tres siglos de vigencia, la obra acumulada por los juristas preclásicos y clásicos, comienza a desaparecer dando lugar a la vulgarización.

Según KASER<sup>8</sup>, va a ser en el campo de los derechos reales donde se manifieste de forma más fuerte la desaparición o total olvido de los conceptos elaborados en periodos anteriores, dando lugar al nuevo aspecto con que se van a presentar los derechos reales, a que el citado autor apunte como posible la influencia del Derecho romano arcaico y de la práctica provincial, sobre todo de las formas helenísticas, en el proceso de transformación que va a tener lugar.

La desaparición de los límites del dominio, frente a la posesión y frente a los derechos reales en cosa ajena, hacen que el nuevo concepto del dominio presente semejanzas con la noción del mismo dominante, según KASER, en el Derecho romano arcaico: se dan las notas de confusión entre propiedad y posesión, la división funcional de la propiedad, como un verdadero *dominium plurium in solidum* derivado de la nueva concepción de los derechos reales en cosa ajena.

La imposibilidad de adquirir a non domino, más rígida que en ningún otro momento, es contemplada por LEVY como derivada de la consideración que recibe la posesión de *ius in re* presunto, ya que el adquirente de buena fe por cualquier título no puede confiar en el título presunto de su causante, siempre pendiente de que otro titular puede atacar esa presunción.

---

<sup>8</sup> Vid M. KASER, R. P. R., t. II, pág. 246.

Esta situación que parece abrir un amplio campo a la *actio publiciana* en la protección de la posesión de buena fe, parece seguro que al menos en occidente desapareció<sup>9</sup>, quedando subsumida en la *bonae fidei possessio* en el amplísimo concepto de dominio, y siendo asumida, la función de la *actio publiciana* por una acción reivindicatoria que permitía la comparación de las situaciones del actor y demandado en la citada acción real.

Con lo cual, puede afirmarse que existe el retorno de las nociones jurídicas del periodo postclásico a las ya aparecidas en el Derecho arcaico. La confusión entre propiedad y posesión existe en la terminología y en la realidad del Derecho postclásico, pero esta confusión no llega hasta el punto de oscurecer por completo la relevancia adquirida por la titulación en la evolución anterior, como lo demuestra el mantenimiento de la imposibilidad de adquirir a *non domino*<sup>10</sup>, con cierta rigidez.

### **Quiebra del sistema de *actiones* y eclipse de la *actio publiciana*.**

Uno de los principales aspectos del cambio en el Derecho procesal del período postclásico, es la desaparición del sistema clásico de *actiones*, ocurrida tras la sustitución del proceso formulario por la nueva *cognitio extra ordinem*, esencialmente diferente del primero aunque todavía puedan encontrarse en ella algunos elementos de las viejas *formulae* como reminiscencias de escasa significación<sup>11</sup>.

La completa desintegración del sistema de *actiones* que va a tener lugar, se produce como consecuencia de la introducción por los emperadores y juristas postclásicos de nuevas situaciones de hecho con sus correspondientes consecuencias jurídicas, desprovistas de acción específica, la cual deja de ser necesaria, pasando a ocupar el Derecho material el primer plano de su atención. En este contexto histórico, los vocablos *actio* y *agere*, pasan a referirse al derecho a actuar judicialmente, o a los procedimientos en general, empleándose muy raramente para designar una acción en concreto.

En opinión de LEVY explica el prolongado eclipse de la *actio publiciana* en occidente, pero lo cierto es que los textos por él aducidos no sean concluyentes respecto a cuál de las dos orientaciones de la legislación postclásica se siguió en occidente, la cuestión respecto a la *actio publiciana* no resulta relevante, pues cualquiera de los dos sistemas de

---

<sup>9</sup> En tal sentido vid. por todos M. KASER, R. P. R. II, pág. 297.

<sup>10</sup> Vid. E. LEVY, loc. Cit, nota 112 supra.

<sup>11</sup> VID. E. LEVY, W. R. V. L. cit., págs. 202 y sigs.



distribución de la carga de la prueba hacen que la *actio publiciana* resulte superflua para la protección de la *bonae fidei posesor*, al que bastará la prueba de su adquisición y de su posesión anterior de la cosa para triunfar sobre cualquier poseedor que no logre probar un derecho mejor.

La acción del dominio se convierte en una discusión sobre el mejor derecho a la posesión en la que parece lógico estuviesen excluidos los derechos de distinto grado sobre la cosa <sup>12</sup>.

En este periodo del Derecho romano que nos ocupa, pudiera haberse hecho sentir la necesidad de una acción de las características de la *actio publiciana*, como pudo ocurrir antes de las modificaciones de la carga de la prueba introducidas por CONSTANTINO, AÑO 325 D.C, o después de la incompleta restauración del sistema clásico en esta materia llevada a cabo por ARCADIO, tal necesidad no llegó a ser tan imperiosa como en el periodo preclásico en que se gestó la *actio publiciana*, pues las circunstancias económicas habían variado y el tráfico de bienes inmuebles que causaba la mayor abundancia de situaciones caracterizadas como *possessio ad usucapionem*, que habría visto disminuido a partir de la crisis económica del siglo III, que condujo a una mayor inmovilidad y permanencia de las relaciones jurídico-reales y a que en la provisión de amparo procesal se tuviese más en cuenta la seguridad estática de las relaciones reales, que su aseguramiento con vistas al tráfico en progresivo descenso.

### **Vicisitudes de las acciones posesorias en el periodo postclásico.**

En principio, la tutela propiamente posesoria continuó diferenciada de la tutela petitoria, inclinándose la primera hacia la represión de los actos violentos, y la segunda a la puesta en valor de los títulos dominicales frente a las situaciones de hecho o de menor relevancia jurídica.

En efecto, en principio las acciones posesorias continuaron teniendo como finalidad la atribución provisional de la posesión, en sí misma, o como preparación de un juicio petitorio posterior, e incluso se acentuó su restricción a las cuestiones de hecho, en

---

<sup>12</sup> En contra CANNATA, "*Possessio...*", cit., págs. 46 y 47.

comparación con la regulación clásica, pero ciertas innovaciones condujeron a decisiones definitivas sobre la posesión, con el consiguiente desplazamiento del proceso petitorio<sup>13</sup>.

El cuadro de los remedios posesorios fue alterado por el auge de estas medidas que desplazan en la práctica a los interdictos. No se regula el interdicto *uti possidetis* y el interdicto *utrubi* pierde el doble carácter que ostentaba, convirtiéndose en interdicto de recobrar para quien hubiese poseído durante más tiempo el último año, aun con posesión viciosa. Se regula, el interdicto *quorum bonorum*, no propiamente posesorio, y los de *precario* y *de clandestina possessione*, aunque aparecen en el Codex Theodosianus, no pueden considerarse vigentes.

### **La *actio publiciana* en el Derecho justiniano.**

El rasgo más sobresaliente de la nueva configuración de la *actio publiciana* es la reducción de su ámbito protector a los supuestos de *bonae fidei possessio*, a consecuencia de la desaparición de la propiedad bonitaria como contrapuesta al *dominium ex iure quiritium*, sin que tal circunstancia haya acarreado como pretendió APPLETON, su confusión con la *rei vindicatio*. No existe, una nueva acción protectora de un pretendido nuevo derecho de propiedad unificado y comprensivo de la *bonae fidei possessio*, propia del Derecho vulgar.

Paralelamente, la situación que residualmente queda bajo el amparo de la *actio publiciana*, la *bonae fidei possessio*, muestra signos de haberse ampliado en el Derecho justiniano al menos en dos direcciones, en primer término la *bonae fidei possessio* y consiguientemente, la *actio publiciana*, extienden su campo de acción a los derechos reales en cosa ajena<sup>14</sup>, en términos que son recogidos por glosadores y comentaristas, quienes llegan a admitir la constitución de servidumbres por el *quasi dominus*. Por otra parte, el cada vez más amplio juego de la buena fe en la integración del título, habría permitido según ciertos autores<sup>15</sup> ya en Derecho justiniano, la usucapión basada en un título putativo, por lo que la *actio publiciana* favorecería igualmente al usucapiente, en términos que también son recogidos y ampliados por glosadores y comentaristas.

---

<sup>13</sup> Vid. KASER, R. P. R. II cit., pág 256.

<sup>14</sup> La *publiciana confesoria*, no sólo se utilizó o pudo utilizar como *vindicatio servitutis*, sino que afectó a los titulares de otros derechos enfrentados al dominio, como por ejemplo el derecho de superficie, como puede observarse en D. 39. 2. 19., y 39. 2. 13. Vid. en tal sentido J.L. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, pág. 50, Madrid, 1974.

<sup>15</sup> Vid. F. B.J. WUBBE, *Die Interessenlage bei traditio und usucapio*, en TR 32, 1964, págs. 558 y sigs.

La *actio publiciana* va a ser recibida en los ordenamientos europeos con los importantes cambios que en su dinámica interna impuso la nueva *cognitio extra ordinem*, entre los que se destaca por su importancia la desaparición de la ficción *si anno possedisset*, que al no ser ya practicable obligará a buscar otros medios para el logro del mismo efecto. En adelante para la tutela petitoria de la *bonae fidei possessio*, no pudiéndose extender los efectos de la *rei vindicatio* mediante ficción, será necesario reconocer aquella como un derecho real distinto del dominio, cual ocurrirá con el *quasi dominium* medieval o acudir a presunciones de dominio basadas en la posesión que al igual que la desaparecida ficción permitan extender la tutela petitoria de la acción reivindicatoria a situaciones posesorias.

## **CAPÍTULO IV: LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO INTERMEDIO.**

### **La protección de la posesión de buena fe en la alta edad media.**

En cuanto a los derechos reales en su evolución alto-medieval, cabe afirmar que desde el punto de arranque situado en el Derecho romano vulgar ésta prosigue, acentuándose ahora sus tendencias en las mismas direcciones merced a la influencia germánica.

La tutela de los derechos reales en este período, y hasta el inicio de los estudios sobre el Derecho romano, no ofrece resquicio a la necesidad de una protección específica del *bonae fidei possessor*, aunque el entrecruzamiento de estas formulaciones primitivas con el Derecho romano haya supuesto respecto al tema que nos ocupa el nacimiento de algunas normas que han perdurado hasta nuestros días.

Una de las instituciones germánicas, es la de posesión de año y día, cuya transformación en excepción basada en el mejor derecho a poseer es puesta de relieve por R. NUÑEZ LAGOS<sup>16</sup>, para quien los juristas de Bolonia habrían encajado la *rechte Gewere* de año y día, dentro de la *possesio ad usucapionem*, dando origen a una excepción de posesión titulada que respondería a la misma situación que desde el punto de vista activo gozó de la tutela de la *actio publiciana*.

Otro ejemplo de fusión entre principios romanos y germánicos es, la que da lugar a la acción de recuperación de bienes muebles regulada en el parágrafo 1007 del BGB, ya que

---

<sup>16</sup> Vid. R. Núñez lagos, loc. Cit., pág. 305.

en ellas se entrecruzan las acciones germánicas a la usucapión de muebles, con la *actio publiciana* romana que permite reivindicarlos con base en una posesión anterior.

Con lo cual puede afirmarse que la protección de la posesión cualificada, tanto de muebles como de inmuebles, no corrió a cargo de una acción independiente de las características de la acción publiciana, la cual hubo de resultar innecesaria, siendo cumplidas sus funciones por la propia *vindicatio* desde el punto de vista activo, en tanto que desde el punto de vista pasivo la posesión titulada vio sustituida la tutela que en otro tiempo recibió de *las exceptiones rei venditae et traditae y doli*, por la enérgica protección que ahora le brinda la excepción de posesión de año y día.

### **La acción publiciana en la Recepción: funciones que le fueron asignadas.**

La acción publiciana hubo de esperar al renacimiento jurídico iniciado en el siglo XI, para volver a la vida junto con el bagaje recibido del Derecho justinianeo.

En estos momentos el Derecho se estructura como Derecho jurisprudencial, y la ciencia jurídica, compenetrada con la práctica hasta el punto de no poder distinguirse de ella, se muestra creativa en la labor interpretadora, en tanto que la exégesis se convierte en algo secundario dentro de ella. Hay que tener en cuenta que la ciencia jurídica medieval se presenta formalmente como doctrina romanista, y en consecuencia, como reflexión sobre una realidad conceptual muy diferente cuando antitética con respecto a la realidad alto-medieval.

En este contexto, se puede afirmar, que va a ser en el tratamiento de los derechos reales, y especialmente de los conceptos de posesión y dominio, donde va a notarse con más claridad el efecto de la dificultad de adaptación de la doctrina romanista a la realidad medieval.

Con el transcurso del tiempo, va a dar lugar a la teoría que se ha conocido como del dominio dividido, la cual cristaliza en la obra de BARTOLO<sup>17</sup>, y tiene como efecto en relación con la acción publiciana, el de ampliar su campo de actuación extendiéndolo a la tutela de derechos desgajados del dominio. La citada teoría aplica la noción del *dominium* elaborada por los juristas romanos a la más elevada categoría de los variados *dominia* existentes sobre la cosa, categoría que recibe el nombre de *dominium directum*, lo que plantea

---

<sup>17</sup> Vid. en tal sentido E. MEYNIAL, *notes sur la formation de la théorie du domaine divisé*, en *Mélanges FITTING*, t. II, Págs. 428 y sigs. Montpellier, 1908.

el problema de crear una regulación adecuada al *dominium utile*, en el que la mente romano no había podido pensar, regulación que había de prever tanto los modos de crear el *dominium utile*, como los modos de transmitirlo y las acciones que habrían de protegerlo.

Lo que recibe el nombre de *dominium utile* en esta fase histórica, es un conjunto de situaciones que sólo puede abarcarse describiéndolo como todo derecho de calidad inferior al dominio directo, pero preferente frente a la simple posesión, lo que hace explicable que en principio se acudiese a la acción publiciana para su protección petitoria, por tratarse ésta de una acción ficticia, entendida entonces como útil en un amplio sentido del término.

Esto conduce a que ambas categorías de dominio gozasen de dos acciones petitorias, situación que hizo pensar en cuatro categorías del dominio.

La confusa situación, encuentra en los primeros de la Glosa el camino para que la división funcional del dominio, en su confluencia con la Recepción del Derecho romano, no impida por completo la construcción de una teoría coherente, pese a la radical contradicción en que se hallan ambos sistemas. Este camino se culmina con la triple clasificación del dominio difundida por BARTOLO, se inicia a partir del *quasi dominium*, que tras una lenta decantación se separa del *dominium utile*, como culminación de la profunda reelaboración doctrinal que la teoría de los derechos reales sufrió en la Edad Media.

Sugiere el citado autor que la terminología imprecisa que utilizan los juristas medievales para hacer apuntar hacia un derecho de propiedad que, siendo formalmente imperfecto, “en la genuina conciencia del ordenamiento es sustancialmente una de las propiedades”. No faltan tempranos intentos de reducir el ámbito del *quasi dominium* al de la *possessio ad usucapionem* que gozó de la tutela de la actio publiciana, en mayor acuerdo con las fuentes justinianas, pese a los cuales esta delimitación confusa de la propiedad frente a los derechos reales limitados heredada de las concepciones alto-medievales va a pervivir alo largo del tiempo, manteniéndose la *bonae fidei possessio* confundida con el *dominium utile*, ambos bajo la protección de la acción publiciana.

Esta situación se refleja además en el éxito que obtuvo en la práctica forense un doble *libellus* defendido por PLACENTINO<sup>18</sup>, en el que se ejercitaba la acción reivindicatoria, y subsidiariamente la acción publiciana.

El libelo alternativo, triunfo en la práctica, consagrándose también la doctrina posterior, no pudiéndose decir lo mismo de la doctrina que fundamentaba la acción publiciana en el *dominium utile*, que combatida por los autores de la escuela de Orleans, fue posteriormente abandonada por completo<sup>19</sup>.

En todo momento, la progresiva diferenciación entre *dominium utile* y *quasi dominium*, lleva consigo que el segundo de estos términos permita al poseedor ad usucapionem el ejercicio de la acción publiciana para recuperar la cosa de manos de cualquier poseedor que no probase su dominio por el cauce de la exceptio iusti dominio, o un derecho comparativamente mejor dentro de la propia acción publiciana, por la vía de la excepción de posesión titulada, es el resultado de la asimilación por los romanistas medievales de la posesión de año y día germánica, que viene a ser el reverso de la acción publiciana en virtud de la regla *agere qui potest, excipere multo magis poterit*.

### **La acción reivindicatoria en la doctrina romanista medieval.**

El profundo contraste entre los textos sobre los que trabajaron los juristas medievales y la realidad en que vivieron, es especialmente notable en lo que se refiere al derecho de propiedad, entrando la elaboración justiniana en colisión con muchas de las realidades medievales. Esto culmina con la cristalización en la definición del dominio de BARTOLO, que a su vez va servir de punto de partida para posteriores avances en la progresiva restauración del carácter unitario y absoluto del derecho de propiedad.

El concepto de dominio, en su lento proceso de recomposición, no alcanzó en este periodo histórico a recuperar su carácter absoluto y unitario, pero sí vio invertirse la tendencia desmembradora que caracterizó el periodo alto-medieval.

El juego a favor del actor en la acción reivindicatoria de la presunción basada en su posesión anterior en la construcción de PLACENTINO.

---

<sup>18</sup> Vid. R. FEENSTRA, op.cit., pág. 130.

<sup>19</sup> Vid. en tal sentido R. FEENSTRA, op. Cit., pág. 134.

Por el contrario, la opinión mayoritaria de la Glosa al *thema probandum* por el actor en reivindicatoria, otro elemento consistente en la prueba de la existencia del dominio en le transmitente.

Respecto a la acción publiciana la teoría de PLACENTINO, de haber cobrado vigencia y apoyos mayoritarios, hubiera supuesto su desaparición, junto con el *quasi dominium*, fundiéndose la primera en la acción reivindicatoria y el segundo en un concepto de *dominium* relativizado.

Dejando a un lado la imprecisa utilización de la acción publiciana como sanción del dominio útil, abandonada al perfilarse la noción de *quasi dominium* señala R. FEENSTRA<sup>20</sup> que paralelamente autores como ROFFREDO, en base a la exigencia de *bona fides* en el *tradens* a efectos de usucapión por parte del *accipiens*, buena fe exigida por C. 7. 33., consideraron que la *authentica mala fides* o mala fe del transmitente, no sólo impedía la usucapión del adquirente, sino también el que éste pudiese acudir a la acción publiciana en caso de perder su posesión, esta postura no tuvo demasiada difusión.

BARTOLO añadió en su comentario sobre I. J. 4.6.4., la razón histórica de que la acción publiciana se adapta a las antiguas reglas de la usucapión romano-justiniana, pero no a las modificaciones posteriores, como la representada por la *authentica mala fides*.

Otro cambio transcendental que pudo comprometer la supervivencia de la acción publiciana, tiene lugar con la introducción de la regla, procedente del Derecho canónico y contraria al Derecho romano, que se expresa en la máxima *mala fides superveniens nocet*, regla que de aplicarse en todas sus consecuencias podía haber vedado por completo el ejercicio de la acción publiciana. La doctrina medieval afirma expresamente que no se pueden derivar tales consecuencias de este principio canónico<sup>21</sup>, postura que en el fondo resulta lógica, pues no actuando la acción publiciana en contra del propietario cual ocurre con la usucapión, su eliminación derivada de un principio inspirado por la equidad, acarrearía un conflicto con la misma equidad que resulta el fundamento último de la acción publiciana, según el pensamiento de los juristas medievales.

---

<sup>20</sup> Vid. R. FEENSTRA, op. Cit., pág. 135 y J. DE RAVANNIS, *lectura super códice*, antes atribuida a P. BELLAPERTICA. Ed. Anastásica, Bolonia, 1967.

<sup>21</sup> Vid. en tal sentido R. FEENSTRA, op. Cit., notas 105 a 110, sobre el pensamiento de los autores de la escuela de Orléans.

## **Fundamentación y configuración de la acción publiciana en la Recepción.**

La situación de la acción publiciana va a alterarse en el renacimiento jurídico medieval, ya que ésta, confundida con la *rei vindicatio utilis*, va a proteger el *quasi dominium*, aunque por esta misma confusión amparase también el dominio directo como *actio utilis*<sup>22</sup>. Así desde época muy temprana, la acción publiciana comienza a responder a un verdadero derecho real que será uno de los variados contenidos del proteico *quasi dominium* primitivo, entre los que se contó la *bonae fidei possessio*. De este modo se impone una cierta correspondencia entre acción y derecho, bien que dentro de una confusa gama de situaciones cuya única nota común es la buena fe del adquirente, de cualquier derecho real, aún en supuestos de título putativo.

Prescindiendo de la mención de la *fictio usucapinois*, se pretendió siempre justificar la concesión de la acción publiciana trascendiendo el conjunto de situaciones que a ella daban lugar, y que por sí mismas, la fundamentaban, para acudir expresamente a la *aequitas*, dada la indefinición de la situación del *bonae fidei possessor*.

Esta *aequitas* en la se busca el fundamento último de la acción publiciana, es descrita en la glosa *publiciana*, sobre D. 6.2.17., como *iustitia primitiva*, diferenciada e incluso contrapuesta con respecto a la *secunda iustitia quae dicitur positiva*<sup>23</sup>.

La evolución medieval de la acción publiciana puede esquematizarse de la siguiente manera, fijando el punto de partida en la Recepción temprana, momento el cual se caracteriza por su confusión con la *rei vindicatio utilis*, con la consiguiente ampliación desmesurada de los supuestos para su ejercicio. Posteriormente, la evolución de la acción publiciana aparece como paralela a la decantación del concepto de *quasi dominium*, que culmina en la triple clasificación del derecho del dominio difundida por BARTOLO, momento a partir del cual la acción publiciana irá estrechamente unida a este concepto estricto de *quasi dominium*, al que se adapta mejor que al concepto de *possessio ad usucapionem*.

## **El quasi dominium en la Recepción castellana, especialmente en las siete partidas de Alfonso X.**

Las Partidas reflejan el cambio de formas o ideas del *quasi dominium* con su máxima amplitud, y en su doble vertiente sustantiva y procesal, correspondiendo en la cronología de

---

<sup>22</sup> VID. en tal sentido R. FEENSTRA, op. Cit., nota 98.

<sup>23</sup> VID. *Corpus iuris Iustiniani*, cit., Ff. 841 y 842.



la sistematización de los derechos reales por la Glosa a un momento previo a la gradual delimitación de sus componentes. Tampoco ofrece dudas que el libelo alternativo *iure dominio vel quasi* resulta admitido por las Partidas, y que en tal *petitio generalis* el *quasi dominum* englobaba tanto a la acción publiciana propiamente dicha, como a la *rei vindicatio utilis* en sentido estricto<sup>24</sup>.

Más lejos llegaron las Partidas en su permisividad respecto a la acumulación de acciones, ya que este conjunto de acciones petitorias acumulables en una sola demanda, pudo incluso acumularse con las acciones posesorias de recobrar.

Pero el estado sólido de la elaboración de la doctrina del dominio dividido en el momento de su plasmación en las Partidas no pudo sino derivarse una ampliación de los supuestos de ejercicio de la acción publiciana, debida en parte a su confusión con la *utilis rei vindicatio*, fenómeno que acontece en el momento que menos cabía esperarlo, debido a la relatividad de la noción del dominio imperante, que podría haber hecho innecesaria su pervivencia. Esta desnaturalización será sólo momentánea, pues con la progresiva clarificación de la sistematización de los derechos reales acontecida en el período, y más concretamente con la depuración del concepto de *quasi dominium*, la acción publiciana recuperará su función típica de protección de los adquirentes de buena fe a *non domino*.

Conviene destacar que en cuanto a la posibilidad de prueba del dominio en reivindicatoria mediante presunciones las Partidas sólo recogen la presunción *qui semel fuit, Semper praesumitur dominus nisi contrario probetur*, presunción que se limita a descargar al actor que prueba adquisición originaria o a *domino* de la prueba de su titularidad actual, norma recogida aproximadamente en P. 3. 14.10, razón por la que pese a la relatividad del concepto del dominio, pudo existir cierto rigor probatorio, la verdadera *probatio diabólica*, como consecuencia de la aplicación del régimen de la *rei vindicatio* romana a las más altas categorías de la nueva jerarquización de los derechos reales.

### **La acción publiciana en relación con la sistematización resultante de la elaboración doctrinal medieval.**

Puede decirse que la utilización de la acción publiciana, por sí sola, o como subsidiaria de la *rei vindicatio* en un libelo alternativo, caracterizó a todo el primer periodo medieval, y en el pensamiento de muchos juristas medievales, tal práctica se fundamentaba

---

<sup>24</sup> Así lo pone de manifiesto ROFFREDO, *Tractus aureus ordinis iudicarii, De actione publiciana*.num. 7.

en *quasi dominium* entendido como una noción compleja y comprensiva tanto de la *bonae fidei possessio*, como de los derechos desgajados del dominio. Tal situación, a juicio de FEENSTRA, ha sido excesivamente destacada por autores como E. MEYNIAL y P. TORRELLI que toman en cuenta algunas opiniones de autores medievales que fueron motivadas exclusivamente por la ausencia de una neta distinción entre *dominium utile* y *quasi dominium*, situación ésta que por transitoria, no debe ser considerada como transcendental. Aunque no cabe duda que la postura tiene una base cierta, se puede apreciar que tampoco el menosprecio del fenómeno citado está totalmente justificado, ya que su estudio se ha revelado útil para la comprensión de algunos preceptos de las Partidas, y asimismo constituye un dato imprescindible para reconstruir la evolución medieval del dominio. Por otra parte la definitiva separación entre *quasi dominium* y *dominium utile*, no se asienta por completo hasta la sistematización de BARTOLO. Por lo que, desde el inicio del renacimiento jurídico hasta entonces debió persistir la incertidumbre conceptual, aunque esta fuera descendiendo gradualmente.

Pese a la mayor nitidez que presenta ahora la sistematización de los derechos reales en su aspecto sustantivo, sigue imperando la práctica procesal del libelo alternativo, que es aceptada por BARTOLO, aunque con un significado distinto.

En consecuencia a partir de tal situación, el ejercicio de una acción real utilizando el libelo alternativo lleva siempre consigo de forma inequívoca el ejercicio de la acción publiciana como subsidiaria de la acción reivindicatoria o de la acción útil, ya que éstas se hallan comprendidas en la causa de pedir por el sólo hecho de mencionar el dominio. Pasa así el libelo consuetudinario a ser una demanda triple que envuelve dos acciones principales en su primer término, y una acción subsidiaria de las dos primeras que es la acción publiciana<sup>25</sup>.

De este modo, la clarificación operada en el terreno sustantivo, repercute en el ámbito procesal dando lugar a una diferenciación entre la acción publiciana y la *rei vindicatio utilis*, ya que aunque se ejerciten conjuntamente, la mención del *quasi dominium* introduce sola y exclusivamente la acción publiciana.

Así pues, el *quasi dominium* se superpone sobre las modalidades del dominio, dando lugar en la práctica a cuatro situaciones distintas: el dominio directo, que es base para el

---

<sup>25</sup> BARTOLO, en su comentario sobre D. 44.2.11.4.

ejercicio de la acción reivindicatoria si el actor puede probar su adquisición *a domino*, el adquirente de buena fe *a non domino* del dominio directo, protegido por la acción publiciana, y por último la misma duplicidad de supuestos con respecto al dominio útil, que pone a disposición del dominus la *actio utilis in rem*, y la acción publiciana a disposición del adquirente de buena fe de quien no era *dominus utilis*<sup>26</sup>.

## **CAPÍTULO V: LA ACCIÓN PUBLICIANA EN VISPERAS DE LA CODIFICACIÓN.**

### **Conceptuación del dominio.**

El dominio durante la edad media se concebía desvinculado del individuo y alejado, por lo tanto, de la función de custodia de su libertad. Ello acaecía porque el dominio se hallaba inmerso en una preponderante dimensión económica que permitía y aún aconsejaba su multiplicidad, y dado que podía identificarse con cualquier poder autónomo sobre las cosas, el salto de calidad entre el dominio y los llamados *iura in re aliena*, no tenía lugar, ya que no podía haber contraposición lógica entre el *dominium* y otras situaciones patrimoniales que como los *iura in re aliena*, eran participes del mismo *genus*, la propiedad, y de la misma naturaleza real.

Tampoco durante la edad moderna se podrá hablar de restauración del concepto absoluto del *dominium*, ya que su multiplicidad perdurará aunque su más íntima razón de ser pueda considerarse fenecida. Sin embargo, no cabe duda de que el camino está ya emprendido en tal dirección, y, si bien la contraposición entre la propiedad y *iura in re aliena* no aparecerá cada vez más claramente como una necesidad lógica de su asentamiento en el individuo y su libertad, reforzando su carácter absoluto en el aspecto de su oponibilidad frente a todos. Esta nueva actitud mental, operando en la conciencia social y en las mentes de los juristas, no pudo sino obstaculizar la existencia de propiedades sustanciales, por contraposición a las formales entendiendo éstas como los derechos subjetivos que el ordenamiento reconocía a los individuos. Por otra parte, la superposición de la nueva noción de derecho subjetivo sobre la sistematización medieval de los derechos reales no supuso un choque frontal con la teoría del dominio dividido, como lo demuestra su pervivencia, pero debió tener como efecto un cambio de orientación de su desarrollo,

---

<sup>26</sup> Vid. BALDO DE PERUSIO, *Opus aureum super feudis*, en *De investitura de re aliena facta*, n. 1, F. 35, Lugduni, 1524.

tendente a configurar cada vez más los derechos reales como una serie cerrada, en beneficio de lo que hemos venido calificando como propiedades formales.

### **Interrelación entre los distintos remedios procesales aptos para la tutela del dominio con alcance relativo.**

Desde las etapas iniciales de la evolución jurídica objeto de este estudio, se ha podido comprobar la continua interrelación existente entre los más diversos procesos dirigidos a la tutela de las relaciones reales. Ejemplo de ello es el tránsito de tales procesos desde el campo de las acciones *ex delicto*, hasta la esfera puramente civil, fenómeno que tuvo lugar tanto en el Derecho romano arcaico, como en el Derecho germánico. Pero, incluso una vez establecido firmemente el carácter civil de las acciones reales, entendidas en su más amplio sentido, el entrecruzamiento entre estos procesos, continua dando lugar a que la protección de las relaciones reales de carácter relativo, pueda tener lugar a través de distintos remedios procesales.

El más claro exponente de tal fenómeno, tiene lugar a consecuencia de la confusión entre acciones petitorias y acciones posesorias. Esta confusión parece fácilmente detectable, ya que habrá de deberse a que en el proceso posesorio, teóricamente restringido al debate del hecho de la posesión, se involucre indebidamente la cuestión del derecho a poseer, la cual, por relacionarse con el título, es materia propia y exclusiva de los procesos petitorios. Sin embargo, con mayor o menor amplitud, en distintas épocas, y especialmente en relación con el interdicto *unde vi*, la admisión de excepciones, que se complementaba lógicamente con la admisión de autoayuda<sup>27</sup>, llevó consigo la comparación de elementos no facticos de las posesiones en litigio, como paso previo al decidido recurso a argumentos impropios de un pleito posesorio, al que desnaturalizan y confunden con un verdadero juicio sobre el mejor derecho a poseer.

Por lo tanto, aunque se aprecian distintos grados y formas de confusión entre el proceso petitorio y el proceso posesorio, tal confusión, en muchos casos, no llega hasta el punto de permitir la comparación de los títulos de las partes, que sólo tiene lugar en el interdicto *uti possidetis* en el supuesto de *pares probationes* de las partes en cuanto al hecho de la posesión. Por ello, la conceptualización del plenario posesorio como juicio sobre el mejor

---

<sup>27</sup> Vid. en tal sentido, J. DE LOS MOZOS, Tutela interdictal de la posesión, pags. 42 y sigs. Madrid, 1962.

derecho a poseer no limitado a la posesión como hecho, debe restringirse a los plazos y supuestos en los que el demandado no puede ampararse en su posesión de año y día con justo título y buena fe, ya que esta sólo permitiría al actor perseverar en su pretensión a través del juicio petitorio. Del mismo modo, puede afirmarse que es exclusivamente dentro de estos límites donde puede tener lugar la superposición del ámbito del juicio plenario posesorio con el ámbito de la acción publiciana, tutelando también el primero la relación conocida como *quasi dominium*, aunque siempre con distinto alcance en cuanto a la presunción de cosa juzgada, ya que siempre se podría en tales supuestos volver a plantear la cuestión a través de los *remedia proprietatis*, de las acciones reivindicatoria y publiciana.

### **Función y características de la acción publiciana en la doctrina española previa a la codificación.**

Estos dos aspectos de la acción publiciana, el ser una construcción que siempre ejerció atractivo sobre la doctrina romanista, y el tratarse de un remedio procesal extendido en la práctica por la vía de la acumulación de acciones reales tendente a amortiguar las consecuencias del fracaso del actor en la prueba absoluta de su derecho, coexisten en la visión que los autores españoles del siglo XVI ofrecen de la misma, aunque puede apreciarse una tendencia gradualmente creciente a conceder mayor importancia al segundo de los aspectos mencionados, y por ello, a la utilización de la acción publiciana como refugio procesal.

Así pues, su conceptualización como *remedium proprietatis* y su configuración como acción paralela y contigua a la acción reivindicatoria, hacen que se encuadre en el campo de los procesos petitorios, con la importante característica concreta de poderse ejercitar la acción publiciana contra poseedores titulados, cuya posesión hay durado más de un año y un día, con clara diferenciación frente al juicio plenario posesorio que resultaba absolutamente inadecuado para esta finalidad.

Sin embargo, la glosa de GREGORIO LOPEZ a Las Partidas tiene como cualidad al referirse a la acción publiciana única y exclusivamente en aquellos pasajes en que la obra legislativa Alfonsina recoge supuestos de hecho tomados directamente de la compilación justiniana, como pueden ser la reivindicación de cosas adjudicadas en virtud de juramento decisorio, los casos de doble venta, o aquellos de enajenación por un no propietario en que tenía lugar la convalidación de la transmisión en virtud de sucesión universal posterior,

casos estos que por distintas razones no pueden ser considerados como supuestos típicos de *possessio ad usucapionem*, o en terminología medieval, de *quasi dominum*.

ANTONIO GOMEZ por el contrario, se apoya en el concepto del *quasi dominium*, dando clara idea de cuál pudo ser su función e importancia práctica, tanto en sus aplicaciones romanas, como en aquellas derivadas del Derecho real o en las propias de la doctrina del Derecho común.

Esta postura se encuentra con toda claridad en la argumentación en torno a la transmisión de la posesión que lleva a cabo en su comentario a la Ley XLV de las de Toro<sup>28</sup>, al plantearse los efectos de la traditio de cosas incluidas en un mayorazgo, o más en general, sobre las que pese una prohibición de enajenar.

La acción publiciana se caracteriza, como una acción real, petitoria, y protectora del *quasi dominum*, que es un derecho real relativo, que no alcanza la posibilidad de imponerse *erga omnes*, y que en contrapartida, no requiere la prueba de la titularidad de la cadena de los transmitentes hasta alcanzar la adquisición originaria, por razón de tal derecho se origina para su titular como consecuencia de su justo título y de su propia buena fe, con absoluta independencia de otras titularidades que anterior o incluso simultáneamente puedan recaer sobre la misma cosa.

Queda así esbozada la fisionomía que ofreció la acción publiciana desde los primeros tiempos de la Edad Moderna, de modo que resulta plenamente adaptable a las restantes piezas del sistema procesal que paralelamente se ha venido describiendo. Se ve así confirmarse en gran medida la construcción medieval tardía, consolidada en cuanto a su necesidad y aplicación por el decidido rechazo de toda suavización en la prueba del dominio que corresponde al actor en acción reivindicatoria.

En tal sentido, conviene situar en sus justos términos la virtud de “inducir presunción de dominio” que ANTONIO GÓMEZ atribuye a la posesión, ya que tal aspecto de la posesión no tiene lugar como admisión de a prueba del dominio de presunciones basadas en la posesión, sino a través del hecho de cualquier posesión actual tienen como efecto la traslación de la carga de la prueba hacia el contrario en el litigio, salvo en los supuestos de que el actor en acción reivindicatoria establezca cumplidamente su título dominical, o su posesión de buena fe en base a un justo título si se trata de la acción publiciana, momento a

---

<sup>28</sup> Vid. A. GÓMEZ, op. Cit., núm. 26, folio 248.

partir del cual cesaría el *commodum possessionis* que favorece a todo poseedor demandado, quedando éste obligado a la prueba de los hechos impeditivos o extintivos de la propiedad del actor en acción reivindicatoria, o de un mejor título en el caso de la acción publiciana, para no ser desplazado de su posesión por el actor. El carácter de dominio presunto que se atribuye a la posesión civil en que puede fundamentarse la acción publiciana, es, por lo tanto, una expresión más de la relatividad de esa situación, que no puede confundirse en ningún caso con el verdadero dominio por la prueba absoluta que éste requiere<sup>29</sup>. Lo anteriormente expresado puede predicarse de la configuración de la acción publiciana tanto en cuanto a la visión humanista y más puramente romanista de GREGORIO LÓPEZ, como respecto del enfoque legalista, próximo al alegato forense, de ANTONIO GÓMEZ<sup>30</sup>.

### **La acción publiciana en la doctrina de J. DOMAT y R. J. POTHIER.**

J. DOMAT, desarrolla con gran amplitud su concepción de la fuerza presuntiva de que goza la posesión, tanto con ocasión de su tratamiento de la prueba por presunciones, como a lo largo de su construcción de la materia propiamente posesoria, pero sin llegar a afirmar en ninguna de estas sedes que la posesión perdida pueda servir de base para el ejercicio de acciones petitorias, por muy cualificada que hubiese sido tal posesión. En todo caso parece que aquí puede deducirse una primera diferencia entre la acción publiciana que presentaba la doctrina española y la acción publiciana que cabría acoger en la construcción doctrinal francesa, tal como surge de la obra de DOMAT.

Tal diferencia consiste en que, mientras la doctrina española configuraba la acción publiciana como una acción acerca del mejor derecho a poseer en la que el actor podría triunfar sobre un demandado que tuviese a su vez su posesión amparada por un justo título comparativamente más débil, en la construcción de DOMAT, por el contrario, la declaración de un mejor derecho a poseer en el actor, con base en su posesión titulada, cabría única y exclusivamente frente a un demandado que detentase la cosa sin título alguno. En conclusión, la comparación de los títulos de las partes, que cabe en las acciones de *complainte* ejercitadas en el plazo de un año a partir de la desposesión, difícilmente cabría transcurrido ese plazo, y en consecuencia el poseedor *ad usucapionem* sólo sería admitido a reivindicar frente a poseedores desprovistos de título.

---

<sup>29</sup> Vid. G. GARCÍA VALDECASAS, *La acción publiciana en nuestro Derecho vigente*, en ADC 1948, pág. 81.

<sup>30</sup> Vid. J. DE LOS MOZOS, *Humanismo y mos gallicus en la escuela de Salamanca*, en *Metodología y ciencia en el Derecho privado*, págs.309 y sigs., Madrid, 1977.

Estas afirmaciones también se ven confirmadas por R. J. POTHIER, quien comienza por afirmar que” ordinariamente, sólo contra los que poseen sin título estará permitido reivindicar al poseedor de buena fe que no es propietario”. Sin embargo, conviene hacer notar que ésta y otras diferencias que surgen de la comparación entre la construcción francesa y la puesta de relieve en los autores españoles de la Edad Moderna, responden a una profunda divergencia nacida en la misma concepción de la acción publiciana, y que afecta a las relaciones de ésta con la acción reivindicatoria.

Aunque en la doctrina española, la acción publiciana se configura como remedio petitorio, y más concretamente como *remedium proprietatis*, lo que lleva consigo un indudable paralelismo de la misma acción reivindicatoria, tal paralelismo no llega hasta el punto de permitir su consideración como un mero aspecto de la acción reivindicatoria. Por el contrario, POTHIER la califica de este modo con toda claridad: “aunque generalmente la reivindicatoria corresponde al propietario de la cosa, se concede sin embargo, a veces a quien no es propietario, pero está en vías de serlo, cuando haya perdido la posesión<sup>31</sup>”.

Continúa POTHIER afirmando que tal acción, descrita como reivindicatoria del poseedor de buena fe contra el poseedor sin título, es la que en Derecho se llama acción publiciana, y que tiene su fundamento en la equidad, que ordena que quien era poseedor de una cosa, aunque no fuese propietario, sea preferido en cuanto a la posesión que perdió, aun usurpador que se halla poseyendo injustamente la cosa. Concibe este autor la acción publiciana como una ampliación del ámbito protector de a acción reivindicatoria, operada por imperativo de la equidad, lo que desemboca en una acción calificable como protectora del mejor derecho a poseer, pero con la decisiva limitación que a tal carácter impone el hecho de que, en principio, sólo pueda tener lugar su ejercicio con éxito frente a poseedores sin título, punto éste en el que se concreta la amplia divergencia de la construcción que os ocupa, con respecto a la detectada en la ciencia jurídica española de los inicios del a Edad Moderna.

Por otra parte, la acción publiciana así concebida, no permite que el posible triunfo del actor tenga lugar a través de la comparación de su título con el que por su parte oponga el demandado, ya que el mero hecho de la oposición del demandado en base a un título impedirá generalmente la continuación del proceso y la toma en cuenta por el juzgador de la pretensión del actor. Contra el poseedor dotado de título no cabe el ejercicio de la acción

---

<sup>31</sup> Vid. POTHIER, op. Cit., núm. 292, pág. 202.



publiciana en opinión de POTHIER<sup>32</sup>, tanto en el caso de que la posesión perdida por el actor haya pasado al verdadero propietario, en cuyo caso gozará éste de la *exceptio iusti domini*, como en el supuesto de que el demandado, sin ser propietario, posea la cosa en virtud de justo título, ya que según este autor, “siendo en este caso las dos partes de igual condición, el poseedor actual debe tener preferencia”.

Este es el limitado alcance que en la doctrina francesa, cabe atribuir a la acción publiciana. Sin embargo, excepcionalmente, estos autores admiten que en ciertos casos, el poseedor de buena fe deba ser preferido en la causa publiciana sobre el verdadero propietario, y con mayor razón, sobre otro poseedor de buena fe. Según POTHIER en primer lugar, supuesto en que el propietario que ha consentido la venta de la cosa llevada a cabo por su mandatario, pero no su entrega al que la había adquirido de buena fe, recupera posteriormente la posesión de la misma, y opone su *exceptio iusti domini* al adquirente que entabla contra él la acción publiciana.

Otro supuesto en opinión de POTHIER, en que puede triunfar la acción publiciana sobre el propietario o simplemente sobre otro poseedor titulado, coincide plenamente con el señalado por la doctrina española, ya que consiste en la convalidación de las enajenaciones en sus distintas posibilidades. No hay por lo tanto, en estas excepciones a la improsperabilidad de la acción publiciana sobre la posesión titulada, indicios de que la comparación de los títulos de las partes diese paso a la tutela del mejor derecho a la posesión, toda vez que ambos supuestos excepcionales respecto al principio general, son supuestos de verdadera propiedad absoluta, y que alcanzan esta consideración porque en ellos la *possessio ad usucapionem* ve potenciada su fuerza con el concurso de principios provenientes del campo de las obligaciones, como pueden serlo la alegación por el actor del consentimiento otorgado por el demandado a la enajenación verdadera *replicatio doli* que paraliza su *exceptio iusti domini*, o la doctrina de la convalidación en el otro supuesto.

Pero la lista de posibles supuestos de triunfo de la acción publiciana sobre el verdadero dominio u otra posesión titulada no se agota para POTHIER en los supuestos mencionados, sino que por virtud de la propia fundamentación de la acción publiciana en la

---

<sup>32</sup> Vid. op. Cit., núm. 294, págs. 203 y 204.

equidad<sup>33</sup>, puede permitirse en otros casos la reivindicación por el poseedor de buena fe incluso contra quien con posterioridad se hizo propietario.

### **Evolución de la acción publiciana en la doctrina española anterior a la codificación.**

Para los autores españoles de este período, la acción publiciana no fue una acción reivindicatoria, ya que si la presunción que favorecía al poseedor civil, pero no al detentador, podía en cierto grado coadyuvar a la justificación de la existencia de una acción de mejor derecho, por otra parte, en el conflicto entre dos poseedores civiles, posible en nuestro Derecho a través de la acción publiciana, daría lugar a un equilibrio entre los litigantes paralelo al que señala M. KASER en la *legis actio sacramento in rem* romana, que sólo un minucioso examen de la titulación de ambos con base en las reglas de la transmisión del dominio y en la antigüedad de las posesiones, permitiría al juez dirimir en uno u otro sentido.

Se ha visto cómo, pese a considerar la posesión como un simple hecho, el concepto de posesión civil propuesto por LLAMAS Y MOLINA representa una continuación del viejo *quasi dominium*, identificado con la posesión de buena fe, y formando la base para el ejercicio de la acción publiciana. Tal conceptualización de la posesión civil fue absolutamente predominante entre los autores anteriores a la publicación del código civil, aunque en otros casos, de manera más coherente, se optó por calificar la posesión civil como derecho real. En este sentido, destaca la argumentación de BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, quien critica que J. HEINECIO no encontrase razones suficientes como para incluir la posesión en el elenco de los derechos reales<sup>34</sup>. Pero, en general, se mantiene la identificación entre posesión civil, posesión de buena fe y cuasi-dominio, simplificación ésta que, pese a ignorar las consecuencias del transcurso del tiempo respecto a las acciones posesorias, no es absolutamente inexacta desde el punto de vista sustantivo. Ello puede observarse en autores como D. DE MORATO, quien describe así el contenido de esta triple formulación:” la posesión civil, que también se apellida posesión de buena fe,

---

<sup>33</sup> Vid. op. Cit., núm. 297.

<sup>34</sup> Vid. Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, t. II, pág. 39, Madrid, 1863.

dominio fingido, o cuasi-dominio, es la tenencia de la cosa en concepto de dueño fundado en un título de dominio”<sup>35</sup>.

Este tratamiento de la acción publiciana, bajo el título “De la posesión civil o cuasi-dominio”, sintetiza perfectamente el término final de la evolución que se ha venido estudiando. Ello permite afirmar que la acción publiciana en nuestro Derecho tuvo vida propia y un verdadero derecho real subyacente, la posesión civil o cuasi-dominio, aunque en algún momento le fuese a la posesión negada la cualidad de derecho por influencia de J. HEINECIO, y permite también afirmar que en ningún momento apareció la acción publiciana como mera dulcificación del rigor de la acción reivindicatoria del dominio, ni limitó su eficacia a conceder la victoria al actor sobre poseedores sin título, cual ocurrió en la doctrina francesa. La acción publiciana, no perseguía declarar el dominio del actor, sino devolverle la posesión perdida como una verdadera propiedad relativa, similar a la del *bonae fidei possessor* del periodo romano-clásico, desprovisto de excepciones frente al titular de un derecho absoluto.

La existencia de un concepto de posesión civil como el expuesto, hacía innecesario el recurso a la ficción del dominio o a su prueba por presunciones, así como la relajación del rigor de la acción reivindicatoria y del concepto absoluto del dominio por virtud de la equidad, a no ser que se quiera identificar esta categoría intermedia con una ficción o con el establecimiento de una *praesumptio legis* del dominio, lo cual sería insostenible. En todo caso, la existencia de un derecho real relativo diferenciado del dominio, representa el expediente más sencillo y menos perturbador de los que para idéntica finalidad pudieron utilizarse, aunque con posterioridad al movimiento codificador, algunos autores piensen que el silencio de los códigos no permite el recurso a la configuración de esta especial categoría de derecho real.

---

<sup>35</sup> Vid. D DE MORATO, El Derecho civil español con las correspondencias del romano, núm. 530, pág. 261, Valladolid, 1868.

## **CAPÍTULO VI: LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO COMPARADO**

### **Protección del mejor derecho a poseer en el ordenamiento francés: la fusión de las acciones reivindicatorias y publiciana operada por la jurisprudencia.**

Hay que diferenciar entre dos aspectos y dos fundamentaciones de la protección posesoria que venían estando entremezclados en el Derecho francés. Como pone de relieve J.M. TRIGEUAUD, la doctrina francesa mantenía y mantiene una postura ecléctica en torno a la fundamentación de la protección posesoria, aceptando simultáneamente la tesis de F. SAVIGNY, que se basaba en la defensa del orden público, y a través de él, de las personas, y la tesis de R. IHERING que consideraba la protección posesoria como prolongación de la protección del dominio.

Hoy la unificación de las acciones posesorias en cuanto a las condiciones requeridas para su ejercicio, permite mantener ambas fundamentaciones para los aspectos netamente diferenciados de la tutela posesoria: el mantenimiento del orden público y la protección de las personas, respecto a las acciones posesorias, y la presunción del dominio, respecto a los efectos que la posesión puede desarrollar en la acción reivindicatoria<sup>36</sup>. Por lo tanto, la protección del mejor derecho a poseer se refugia en la tutela petitoria que la posesión recibe de la acción reivindicatoria en la que cabe la prueba del dominio por presunciones en las que la posesión juega un decisivo papel.

Centrándose en ésta a partir de ahora única forma de tutelar el mejor derecho a poseer, en la adaptación a tal prueba de una relación real bien caracterizada que se oponga a la titulación y prueba no absoluta del actor. Sólo el intento de colmar la laguna del ordenamiento jurídico que impediría al juez dirimir los conflictos entre poseedores no propietarios, puede justificar la relajación del rigor probatorio en la acción reivindicatoria, ya que de extenderse tal suavización, el dominio quedaría en parte reducido a la cualidad de simple mejor derecho a poseer, lo que choca en materia de bienes inmuebles con la finalidad de la institución registral, la cual, por imperfecto que fuese su funcionamiento, y por mucho que se alejase del sistema germánico de inscripción constitutiva, siempre tendría fuerza suficiente para confinar la prueba relativa del dominio casi por completo en el ámbito de la propiedad no inscrita, con lo que la contraposición propiedad formal-propiedad sustancial, presenta rasgos más acusados, con menor justificación que la que

---

<sup>36</sup> Vid. J. M. TRIGEUAUD, op. Cit., págs.421 y sigis.

encontraba en la desmembración el dominio a consecuencia de las concesiones de goce perpetuas o por largo tiempo.

En consecuencia, ni la acción reivindicatoria, ni la acción publiciana si es que cabe afirmar su subsistencia, se dibujan con nitidez en la construcción jurisprudencial y doctrinal francesa, hasta el punto de que cabe afirmar que los difusos contornos del juicio petitorio le convierten en la acción real de mayor amplitud imaginable, a cuya tutela pueden aspirar todo tipo de relaciones del hombre con la cosa, desde las amparadas en cualquier título de eficacia real, hasta las no amparadas por ningún título, pero que presenten una relación posesoria bien caracterizada.

### **La tutela del mejor derecho a poseer en Italia: su evolución doctrinal y jurisprudencial tras la codificación.**

De modo general se puede afirmar que el movimiento codificador tuvo en Italia, respecto al tema que nos ocupa, una repercusión semejante al observado en el Derecho francés, aunque con las peculiaridades que impone su distinta evolución en cuanto a la tutela interdictal<sup>37</sup>.

Nos centraremos en la discusión acerca de la supervivencia de la acción publiciana bajo la vigencia de los Códigos civiles de 1865y 1942.

En la vigencia del Código civil de 1865, se suscitó la cuestión de la posible existencia de apoyo textual de la acción publiciana, especialmente por el romanista F. BUONAMICI en una opinión crítica de la obra de CH. APPLETON, pero lo cierto es que en su mayoría, las distintas posiciones doctrinales en torno al tema prescindieron del aspecto de un posible apoyo legal a la hora de discutir acerca de la pervivencia de la acción, fenómeno éste que se generaliza en las discusiones sobre la protección del usucapiente posteriores a la publicación del Código de 1942.

Las diferentes posturas doctrinales en torno al tema, junto con las decisiones jurisprudenciales del primer cuarto del siglo presente, son recogidas por F. TALASSANO<sup>38</sup> con ocasión del comentario sobre la sentencia de Cassaz. Roma de 27 de abril de 1916, que admitía claramente la prueba simplemente relativa del dominio del actor en acción

---

<sup>37</sup> Vid. J. L. DE LOS MOZOS. *Tutela interdictal...*, cit., págs., 71 y sigs.

<sup>38</sup> Vid. F. TALASSANO, *Sulla prova della proprietà*, en Riv. Dir. Civ., págs. 152 y sigs., 1920.

reivindicatoria. Según el citado autor, los argumentos en favor de la subsistencia de la acción publiciana en el Derecho italiano, son:

1º La aplicación a la posesión de buena fe de la protección procesal del dominio, con fundamento en la analogía, justificad a su vez por la existencia de un alaguna legal.

2º Existe una tradición histórica ininterrumpida en el sentido de conceder tutela petitoria al poseedor.

3º Promulgada por F. BUONAMICI, se basa en la presunción de dominio del artículo 687 del Código civil italiano de 1865.

Así, pues, a lo largo de la vigencia del Codice civile de 1865, la jurisprudencia y la doctrina italiana estuvieron divididas entre quienes defendían la prueba absoluta del dominio, y quienes defendían la subsistencia de la acción publiciana con apoyo en diversas argumentaciones. Algunos mantenedores de la primera postura, partidarios de la exigencia de prueba absoluta del dominio en una única acción petitoria, para evitar la completa indefensión de los poseedores en vías de usucapión, propugnaron, la reducción de plazos para la prescripción, tal solución, si bien puede justificarse por sus beneficiosos efectos prácticos y especialmente en el orden a la concordancia entre el Registro y realidad extrarregistral, desde el punto de vista de la protección procesal al poseedor, sigue permitiendo la existencia de una cierta laguna, ya que en ningún caso se llega a proponer la reducción a un año del plazo para usucapir, año a partir del cual cesa el poseedor de estar protegido por los interdictos<sup>39</sup>.

A la entrada en vigor del nuevo Código civil de 1942, la doctrina civilista italiana se halla, en su mayor parte, convencida de la imposibilidad de la subsistencia de la acción publiciana, y de la necesidad de la prueba absoluta del dominio por el actor en acción reivindicatoria, sin que la nueva legislación modifique sustancialmente la situación<sup>40</sup>.

La tendencia de la jurisprudencia italiana en la interpretación que de ella propone PROTO-PISANI, resulta en este sentido más coherente, pues reduce la declaración del dominio a un pronunciamiento meramente incidental, a efectos exclusivamente de la

---

<sup>39</sup> Como autores partidarios de la pervivencia de la acción publiciana, pueden ser citados PESCATORE, BUONAMICI, FILOMUSI, FERRINI, GABBA, CARUSI Y TARTUFARI.

<sup>40</sup> Respecto a la situación doctrinal anterior, vid. por todos DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. De la 4ª ed. Italiana, pág. 65, Madrid, 1929.

*legitimato ad causam* en la acción reivindicatoria, al que no alcanza el efecto de cosa juzgada de la sentencia que atribuye la posesión de la cosa a uno u otro litigante. Si tal construcción es posible en el Derecho italiano, o por contrario choca con el silencio legal en torno a una categoría intermedia entre dominio y posesión, como opinó BONFANTE, es algo que está abierto a la discusión, y sobre lo que aún no se han suministrado argumentos decisivos, pues los empleados en contra de la pervivencia de la acción publiciana, continúan siendo los únicos enfrentados a la nueva conceptualización de la acción reivindicatoria, la cual permite la atemperación de la carga de la prueba del actor según las excepciones opuestas por el demandado, o la posible admisión por éste de la titularidad del actor o de sus causantes, tesis ésta que arranca de la obra de BUTERA, aunque pueden rastrearse sus indicios en la opinión del romanista BUONAMICI.

En lo relativo a la tímida consagración de una usucapión abreviada, hay que concluir que de ningún modo puede facilitar la completa solución del problema, aunque pueda disminuir su incidencia junto con el número de casos en que el poseedor de buena fe pueda encontrarse indefenso, al reducir sustancialmente el periodo de tiempo en que su derecho puede considerarse como meramente relativo.

Por otro lado, la creación de procedimientos para la regularización de los títulos dominicales, sólo puede considerarse como verdaderamente efectiva en cuanto a su propósito de declarar el dominio absoluto *erga omnes*, en el caso de que tal derecho pueda ser probado, aunque sea con el auxilio de la *usucapio brevis*, pero en todo caso, la usucapión en curso quedará desprotegida, pues en aplicación del *commodum possessionis* y de la excepción *possideo quia possideo*, simple actitud pasiva del poseedor actual, la cosa será atribuida a éste, lo que confirma plenamente la vigencia de una verdadera *probatio diabólica*, o si se quiere de una exigencia de prueba absoluta del dominio a cargo del actor<sup>41</sup>.

### **Subsistencia de los principios de la acción publiciana en los códigos civiles alemán y austriaco.**

Cabe, hallar una especie de acción publiciana referida a los bienes muebles, ya que las notables diferencias que se aprecian entre la institución alemana y la acción publiciana histórica, no impiden que la acción del 1007 del BGB asuma a fin de cuentas la función de acción publiciana como moderadora del rigor probatorio del dominio, mediante la

---

<sup>41</sup> Vid. en tal sentido A. GERMANO, loc. cit., pág. 680.

consagración de una categoría intermedia entre posesión y propiedad en materia de bienes muebles.

La situación que presenta el Derecho alemán en la cuestión que nos ocupa, de manera que permite afirmar la subsistencia de algunos principios esenciales de la acción publiciana en la acción para reclamar bienes muebles en base a una posesión anterior que prevé el parágrafo 1007 del BGB, mientras en materia de bienes inmuebles, por el contrario, no hay lugar a dudas acerca de la innecesidad y falta de espacio para una acción petitoria de mejor derecho, ya que facilita al titular registral la prueba absoluta de su derecho de propiedad, al tiempo que imposibilita y deja fuera de lugar a una hipotética acción sobre el mejor derecho a poseer, como habría de serlo la acción publiciana en su calidad de remedio petitorio de la posesión titulada sobre bienes inmuebles.

Muy diferente se presenta, la situación existente en Austria, cuyo Código civil, por excepción entre los europeos, consagra legalmente una acción de corte muy semejante a la acción publiciana en sus artículos 372 a 374.

Este citado artículo 372 ABGB, establece que “si el actor no logra probar su adquisición de la cosa detentada por otro, pero prueba un título válido y un modo no vicioso de adquirir la posesión, deberá ser tenido por verdadero propietario frente a cualquier poseedor que no produzca ningún título de su posesión o produzca solamente un título más débil”.

El poseedor titulado será tenido por propietario frente a quien detente la cosa sin título o con título inferior al del actor, perfilándose la situación de éste como ese derecho subjetivo carente de formulación legal en los Códigos francés e italiano, en cuyos ordenamientos se abre paso con fortuna insegura a través de la doctrina jurisprudencial en torno a la prueba del dominio en la acción reivindicatoria.

No obstante, la situación en cuanto a los bienes inmuebles se refiere no está tan clara en el Derecho austriaco respecto sobre el mejor derecho a poseer, ya que en el supuesto de conflicto entre poseedor titulado y titular inscrito no poseedor, puede ser inevitable el predominio de éste último. Esto acontece porque a pesar de que el Código civil consagra la teoría del título y modo en cuanto a la adquisición del dominio, la inscripción registral ha venido a sustituir a la entrega material de la cosa, y en



consecuencia, si el adquirente que fue puesto en posesión del fundo no inscribió, no siempre podrá recuperar la cosa de manos el titular registral en virtud de la acción descrita.

No obstante, no puede afirmarse que el Registro de la propiedad pueda desplazar por completo al relativo mejor derecho a la posesión, y en consecuencia a la especial protección que éste recibe de la acción publiciana, pues para poder afirmarlo se requeriría un alto grado de perfección del Registro tal y como hoy en día sólo se halla en los sistemas de inscripción constitutiva.

### **Las acciones reales en el Derecho anglosajón.**

La consecuencia fundamental del concepto de derecho real que se ha vendido presentando, se basa en que sea cual sea el derecho real que se tome en consideración, la acción para su tutela es una acción de mejor derecho que permite la comparación de los títulos litigantes, basándose en ésta precisamente la decisión del juez.

Existe una clasificación en materia de relaciones reales, demostrativa de la coexistencia del Derecho inglés de la propiedad relativa con una muy restringida propiedad absoluta, y que demuestra la innecesidad de un procedimiento especial para la tutela de la primera. Se trata de la contraposición del llamado *legal estate*, frente al *equitable estate*, siendo el primero un derecho real oponible *erga omnes*, mientras que el segundo es solamente oponible a limitado número de personas<sup>42</sup>.

En nada asemeja por lo tanto esta acción a nuestra acción reivindicatoria, aunque en las acciones reivindicatorias continentales se llegue a resultados similares por muy diferentes caminos, como ocurre con la prueba del dominio admitida por la jurisprudencia francesa en torno a la acción reivindicatoria, que produce la misma relativización.

Por lo expuesto, se puede comprender el limitado interés que desde el punto de vista de la comparación en el tema que nos ocupa puede ofrecer el Derecho inglés en materia de acciones reales, ya que la relatividad que impregna incluso a las más elevadas concepciones del dominio, perfectamente plasmada en sus remedios procesales en los que la equidad se abre un camino con la máxima facilidad, hace del todo innecesaria la búsqueda de una acción específica para la tutela del dominio relativo, cual es la acción publiciana.

---

<sup>42</sup> Vid. *Cheshire's Modern Real Property*, Fifth edition, pág. 65, London, 1944.

## La protección de la posesión de buena fe en los códigos civiles de la República Argentina y de Costa Rica.

Entre los ordenamientos hispanoamericanos que contiene alguna regulación en la materia que nos ocupa, conviene hacer referencia al Código civil de la República Argentina, el cual desarrolla una detallada reglamentación de la acción reivindicatoria, en la que, sin embargo, es posible entrever algunas posibilidades de tutela petitoria a disposición del poseedor titulado.

Cabe afirmar que el Código civil argentino suministra base suficiente como para que el no propietario pueda triunfar en la acción reivindicatoria en base a presunciones derivadas del título e incluso de la posesión de sus causantes, en parecida configuración a la observada en el Derecho francés, aunque con menor amplitud de posibles presunciones, lo que puede permitir aproximar estos aspectos de la reivindicación a un concepto de la acción publiciana más estricto. Sin embargo, al igual que respecto al Derecho francés, cabe resaltar que este modo de proceder, aquí consagrado legalmente, compromete el carácter absoluto del dominio en mayor profundidad que si se admitiese una acción de mejor derecho independiente de la reivindicación, manteniendo en ésta el máximo rigor probatorio.

Estudio especial merece también por su relación con la acción publiciana, cierto remedio posesorio que prevé el Código civil de Costa Rica en su libro II, arts. 317 y siguientes, en que regula juntamente la acción reivindicatoria y los interdictos<sup>43</sup>.

Veamos así como a una triple realidad sustantiva, formada por el dominio, el derecho de posesión y la posesión como hecho, se corresponde una protección procesal asimismo triple, en la que el derecho de posesión goza de una tutela independiente de la acción reivindicatoria y de los interdictos. Tal es la prevista en el artículo 322 que establece que “la acción ordinaria sobre el derecho de posesión puede dirigirse contra cualquiera que pretenda tener mejor derecho de poseer”. Esta acción ordinaria no está sometida a los breves plazos de ejercicio de las acciones sumarias, e incluso puede decirse que la posesión por más de un año del demandado integra el supuesto de hecho de la misma. No cabe, duda sobre la protección de tal acción pueda dispensar al poseedor *ad usucapionem* despojado, máxime teniendo en cuenta el requisito de la buena fe que viene incorporado al

---

<sup>43</sup> Se trata del C.c. de Costa Rica de 1888.

derecho de posesión de lo cual es posible deducir al menos que tal acción ordinaria sume las funciones de la acción publiciana en su más típica configuración.

Sin embargo, tampoco puede afirmarse que se identifique por completo con la acción publiciana, ya que además de la típica protección de la propiedad relativa propia de ella, la acción ordinaria del artículo 322 del Código civil de Costa Rica asume otras funciones que no eran propias de la acción publiciana, probablemente porque el derecho de posesión, aunque requiere buena fe y justo título, no se identifica tampoco con la *possessio ad usucapionem*, sino que denota una realidad más amplia.

Entre las notas del derecho de posesión, no se hallaba la de requerir inexcusablemente la cualidad de ser posesión en concepto de dueño, y ello no es una omisión casual, sino que como se desprende del artículo 307, es una nota que deliberadamente amplía el concepto de derecho de posesión, incluyendo la tenencia disfrutada por títulos diferentes al de dueño, y que tiene su reflejo procesal en la legitimación para el ejercicio de la acción ordinaria de quien por más de un año ha poseído pública y pacíficamente como dueño o que tiene otro cualquier título legítimo para poseer.

Ello nos sitúa frente a un remedio procesal perfectamente válido para proteger en vías de usucapión, como la misma acción publiciana, pero cuyas más amplias miras, le aproximan más bien al juicio plenario posesorio del Derecho español histórico, o del Derecho italiano correspondiente al Código civil de 1865, en el que G.PESCATORE veía el cauce adecuado para la pervivencia de la acción publiciana.

Pese a su mayor amplitud de funciones, el derecho de posesión y su correspondiente tutela procesal, incorporan con gran nitidez los principios de la acción publiciana en su sentido más propio, razón por la que, la propiedad relativa encuentra acomodo, con las beneficiosas consecuencias que ello acarrea en orden al mantenimiento de un concepto absoluto del dominio y del correspondiente rigor probatorio en la acción reivindicatoria, que de otro modo resulta difícilmente sostenible.

### **Otras fundamentaciones de la tutela del dominio relativo a través de la reivindicatoria.**

Puede ser oportuno comentar la fundamentación que lleva a cabo en una sentencia el Juez Delegado de Apelaciones del Principado de Andorra, en la que toma postura a favor

de la dulcificación del rigor probatorio en la acción reivindicatoria, con ciertas referencias a la acción publiciana.

El error en que se incurre, es fruto del planteamiento defectuoso de que se parte, ya que la acción publiciana no se limitaba a variar la distribución de la carga de la prueba sin más, o con base en presunciones, sino que establecía un *thema probandum* para el actor, absolutamente distinto, por menos gravoso, que el dominio absoluto correspondiente a la *rei vindicatio*. Este distinto *thema probandum* era la *possessio ad usucapionem* y con él surgía, como opina BONFANTE, un derecho subjetivo nuevo, diferente al del dominio por su menor oponibilidad a terceros. Pero tan bien delimitado como aquél.

La acogida jurisprudencial a la acción publiciana en un ordenamiento como el del Principado de Andorra, bien podría hacerse con los rasgos que su evolución histórica ha prestado a la acción publiciana y al derecho subjetivo a ella subyacente, para evitar la relativización del dominio y su mutación en un simple mejor derecho a poseer que englobaría desde el derecho de propiedad legítimamente transmitido, hasta posesión en concepto de dueño sin otra cualificación, y que aunque el undécimo considerando de la sentencia parece excluir de su ámbito protector, lo hace sin fundamento alguno desde el orden probatorio que postula, el cual permite la comparación de las situaciones de los litigantes, sin ninguna limitación en cuanto a la cualificación que haya de tener la posesión que se declare preferente.

Igualmente es engañoso deducir de la ineffectividad frente a terceros de la presunción de cosa juzgada, el que la prueba del dominio sea igualmente relativa, pues la prueba absoluta del dominio es perfectamente posible en muchos casos, y el titular que esté en condiciones de suministrarla triunfará sobre cualquier oponente, aunque el valor de una previa declaración judicial de su dominio no habrá de ser absoluto frente a quienes no fue parte en el proceso, lo que se apoya en razones que no afectan para nada al carácter *erga omnes* del derecho de propiedad.

## **CAPÍTULO VII: LA ACCIÓN PUBLICIANA Y EL MEJOR DERECHO A POSEER EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE**

### **Las sucesivas leyes de Enjuiciamiento civil: el art. 1658, párrafo 3º de la LEC. De 1881 como posible fundamento de la acción publiciana.**

Puede afirmarse que las leyes procesales, van a simplificar la materia referente a los juicios posesorios en varios sentidos. Tal es el caso de otra novedad introducida por la LEC de 1855 en cuanto a la reserva de acciones declarativas tras el juicio sumario. El artículo 719 de dicha ley, ordenaba introducir en la sentencia, cualquiera que fuese el resultado alcanzado en el posesorio, la fórmula sin perjuicio de tercero, reservando además al vencido en el interdicto de retener, el ejercicio de la demanda de propiedad que pueda corresponderle con arreglo a derecho. Esta mención de la demanda de propiedad, cerró el paso al histórico plenario posesorio, como juicio sobre el mejor derecho a poseer, debiéndose atribuir su supresión, a juicio de MANRESA<sup>44</sup> al hecho de que el legislador consideró fundadamente que el interdicto de retener dejaba ya ventilada y resuelta la cuestión sobre el mejor derecho a poseer, no siendo oportuno, por lo tanto, permitir que aquélla se reprodujese.

Ambas cuestiones fueron modificadas por el artículo 1659 de la LEC de 1881 que obliga a introducir la mencionada fórmula de sin perjuicio de tercero solamente en las sentencias que declaren haber lugar al interdicto, tanto si es de retener como de recobrar, al tiempo que establece que se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente.

Esta última disposición legal, no cabe duda que se refiere a los juicios declarativos ordinarios, por lo que puede suministrar apoyo textual a la pervivencia de la acción publiciana como acción declarativa sobre el mejor derecho a poseer. Es muy probable que el párrafo 3º del artículo 1658 de la LEC, que se comenta, se dirigiese a restablecer el juicio plenario posesorio, toda vez que la regulación de los interdictos, y en concreto del interdicto de retener, no permitía ya la decisión acerca del mejor derecho a poseer, como da entender MANRESA, y ello aconsejaba permitir el tratamiento de la cuestión en un juicio ordinario subsiguiente. En el mismo sentido se manifiesta G. GARCIA VALDECASAS, recogiendo algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo coincidentes con este parecer,

---

<sup>44</sup> Vid. J. MANRESA, op. Cit., pág. 160.

y que declaran la subsistencia del plenario posesorio, como lo hacen las sentencias de 13 de octubre de 1890, 7 de julio de 1907 y 20 de noviembre de 1912<sup>45</sup>.

De este modo parece claro que la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 prevé la existencia de un juicio plenario sobre el mejor derecho a poseer, que se caracteriza como acción petitoria diferente de la acción reivindicatoria, cuya reserva a las partes en juicio sumario no deja de ser superflua, dados los estrechos límites en que se mueve la presunción de cosa juzgada en los juicios sumarios.

De subsistir la acción publiciana, de que ésta sería una de las posibilidades, la principal y más obvia, de tal poseedor al que no le fue admitida la demanda interdictal, y lo mismo cabe afirmar del juicio plenario posesorio subsistente en virtud del artículo 1658-3º de la LEC de 1881, en relación con el artículo 446 del Código civil.

Así las cosas, estaría perfectamente justificado el aducir, no sólo el artículo 1658-3º de la LEC de 1881, sino todas las reservas de juicio plenario que contiene la ley procesal, como apoyo textual a la supervivencia de la acción publiciana, ya que el juicio plenario posesorio, sin la limitación que su aplicación podía significar la excepción de posesión titulada y de buena fe por más de un año y día, puede asumir por completo la acción publiciana, con total coincidencia de funciones, ya que puede actuar como acción petitoria apta para dilucidar cuál de entre varias posesiones tituladas es preferente y otorga a su titular el derecho a seguir poseyendo. Serviría, el juicio plenario posesorio una vez perdidas su conceptualización como juicio estrictamente posesorio y su vulnerabilidad frente a la posesión cualificada de año y día, como cauce procesal para una pretensión petitoria basada en el mejor derecho a poseer, al igual que la acción publiciana en su conceptualización histórica, en la que primaban las reglas del juicio petitorio y su ejercicio por el *verus dominus*, pero que también consentía su utilización por el poseedor que ostentase mejor título que el demandado.

La acción publiciana constituye algo no muy diferente del juicio sobre la posesión definitiva de que nos habla el artículo 1658-3º de la LEC de 1881, no porque la sentencia recaída en acción publiciana goce de una presunción de cosa juzgada menos fuerte que la prevista con alcance general por el artículo 1252 del Código civil, sino más bien porque el

---

<sup>45</sup> Vid. G. GARCIA VALDECASAS, R. D. P., cit., pág. 448, 1946.

derecho que en ella puede declararse como existente en el actor, es un derecho esencialmente relativo y claudicante<sup>46</sup>.

Como se ha expuesto no es lícito poner de relieve la posible diferencia entre acción publiciana y juicio plenario posesorio, en virtud de su evolución histórica, tampoco se puede pretender que el párrafo 3º del artículo 1658 de la LEC de 1881, trate al hablar de juicio sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, de contraponer la posesión derivada del dominio, incluida en el término propiedad, y la posesión derivada de otros títulos diferentes, a la que se referiría la posesión definitiva, y ello porque la evolución histórica expuesta se deduce que en el concepto de posesión civil, o de *possessio iuris* o derecho de posesión, sólo tenía cabida la posesión en concepto de dueño, o a lo sumo la del titular de un *ius in re aliena*<sup>47</sup>, siendo a esta especie de posesión a la que claramente alude el término posesión definitiva, pues nunca podría denominarse así la derivada de un derecho personal, aunque el artículo 1647 de la LEC de 1881 y el 446 del Código civil faculden al simple tenedor para el ejercicio del interdicto de retener.

Puede afirmarse que el artículo 1658-3º de la LEC de 1881, y también en las demás reservas de acciones subsiguientes a la interdictal, subsiste el juicio plenario posesorio, afirmación ésta que no resulta obstáculo para la admisión de que tal cauce sirva también para la acción publiciana, pero, sin que en ningún caso pueda afirmarse, como se desprendería de la opinión de DE DIEGO LORA, que el juicio a tal precepto se refiere sea simplemente un juicio declarativo diferente de la acción reivindicatoria a disposición de quienes posean en virtud de derechos distintos del de propiedad. Claro está que los litigantes en juicio posesorio sumario tienen con posterioridad la posibilidad de acudir a juicio declarativo incluso consistente en acción personal derivada de una relación contractual, pero el precepto a que se hace referencia, se ocupa indudablemente de las relaciones entre los interdictos y el juicio petitorio, lo que obliga a interpretar la alocución posesión definitiva como alusiva exclusivamente a posesiones en concepto de dueño, y por lo tanto a procesos como el plenario posesorio o la acción publiciana.

---

<sup>46</sup> Fundado en esta característica, J.A.DORAL, en *Dominio y posesión, Documentación jurídica*, núm. 14, pág 131 y nota 12, 1977, opina que la sentencia en acción publiciana no cierra el paso a un juicio sobre la propiedad. Ello es completamente aceptable, pues no se daría en tal caso el requisito de identidad de causa que exige el art. 1252 del C.c. para fundamentar la excepción de cosa juzgada, aunque es difícilmente imaginable que alguno de los que litigaron como poseedores titulados pueda lograr la prueba absoluta del dominio.

<sup>47</sup> Esta interpretación que se critica, es propuesta por C. DE DIEGO LORA, *La posesión y los procesos posesorios*, t. I, pág. 178, Madrid, 1962.

## **La legislación hipotecaria en relación con la acción publiciana.**

La celebrada Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, describe la innovación que la ley introduce en la transmisión de los derechos reales, sin merma grave de la tradicional vigencia de la teoría del título y el modo, con las siguientes palabras: “Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así una venta que no se inscriba, ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.

La descripción de la situación de los distintos adquirentes que lleva a cabo el citado párrafo 39 de la Exposición de motivos, asemeja en gran manera a las situaciones a que daba lugar en el Derecho romano la adquisición de *res mancipi* por simple traditio con omisión de la *mancipatio*, calificadas por la doctrina como propiedad bonitaria. Ya se vio en su momento, cómo sin embargo, aquella propiedad era absoluta, aún frente a posteriores adquirentes por *mancipatio*, ya que en contra de la tesis de V. COLORNI, parece que dio una verdadera transmisibilidad activa y pasiva de la *exceptio rei vindictae et traditae*, incluso a los sucesores a título particular.

Nuestra legislación hipotecaria del siglo XIX, no crea una nueva situación para los adquirentes que no inscriben su derecho, oponible a todos, sino que derogando parcialmente la teoría del título y el modo, se limita a añadir este nuevo supuesto al elenco de los poseedores de buena fe, propietarios no erga omnes, cuya situación podía con anterioridad deberse únicamente a la adquisición de quien no era propietario. El título de estos nuevos *quasi domini*, según el párrafo comentado, será oponible, y preferible, al de quienes fueron parte en la transmisión y al de quienes, no habiendo sido parte, omitieron la inscripción de su posterior adquisición.

De la introducción de estos principios, nuevos en nuestro Derecho, se sigue la inevitable superposición de éstos con los tradicionales del Derecho civil, superposición no exenta de fricciones, pero que posibilita una total integración, ya que en buena parte da lugar a situaciones encuadrables en las categorías tradicionales.



Así, la situación correspondiente al poseedor de buena fe, es equiparable a la nueva situación del que siendo propietario según la teoría del título y el modo, no ha inscrito su derecho, pudiéndose comprender ambos casos en el más genérico concepto de propiedad relativa. Es dudoso, sin embargo, que a esta nueva situación pueda corresponder la acción publiciana del poseedor de buena fe, ya que frente a otros adquirentes no inscritos, y frente a su propio causante, pueda oponer una verdadera prueba absoluta del dominio, como la exigida en acción reivindicatoria.

Mayores problemas puede plantear el dominio del tercer adquirente de un titular registral, que a su vez haya inscrito su derecho, en el caso de que el primero no fuera el verdadero propietario, ya que ello acarrea una verdadera adquisición a *non domino* de la propiedad absoluta, que en supuesto distinto configurará posteriormente el artículo 1473 del Código civil, constituyendo esta figura la verdadera innovación introducida por la legislación hipotecaria en nuestro ordenamiento<sup>48</sup>.

Por su finalidad tendente a la aseguración y consolidación de la propiedad territorial, por lo que la Ley Hipotecaria incidió directamente sobre dos cuestiones de la máxima relevancia en cuanto al tema de la tutela procesal de las relaciones reales. La primera de ellas, es la de la subsistencia de alguna función legitimadora a cargo de la posesión, en el campo de los bienes inmuebles. La segunda, estrechamente relacionada con la anterior, es precisamente la conceptualización del derecho de propiedad sobre los inmuebles, y en especial lo relativo a la prueba del mismo<sup>49</sup>, cuya trascendencia en cuanto al tema de la acción publiciana y su posible pervivencia es obvia y no requiere destacarse.

En cuanto al tema que nos ocupa, la cuestión principal surge de la relación entre la inscripción como prueba del dominio y del derecho a poseer, y la prueba absoluta del primero según el derecho común, o la relativa acerca del derecho a poseer.

Las presunciones, son las recogidas en los artículos 35 y 38 de la Ley hipotecaria de 1881, presunciones ambas cuyo alcance ha dado lugar a muy diversas interpretaciones doctrinales. En principio no cabe duda de que ambas gozan en su ámbito respectivo, del

---

<sup>48</sup> Vid. B. OLIVER ESTELLER, *Derecho inmobiliario español*, t. I, pág. 880, Madrid, 1892, en cuya opinión la Ley Hipotecaria introduce en nuestro ordenamiento principios ajenos y aún opuestos a los romano-bizantinos en cuanto a la propiedad territorial, lo que aconsejaría la formación a base de estas reglas inspiradas en principios peculiares, un verdadero Derecho inmobiliario, afirmaciones éstas que dejan entrever un excesivo germanismo en la interpretación de la ley hipotecaria, que haría a ésta difícilmente compatible con el resto del ordenamiento.

<sup>49</sup> Vid. B. OLIVER Y ESTELLER, *op. Cit.*, págs., 883 y sigs.

efecto típico de las presunciones, producen el traslado de la carga de la prueba hacia el adversario. Esto no ha sido pacíficamente admitido, a juicio de A. NUÑEZ LAGOS, la presunción legitimadora del artículo 38-1º de la Ley hipotecaria de 1881<sup>50</sup>. Ello se debe, según el citado autor, a que la presunción que se trata encarna el principio de legitimación, deteniendo sus efectos *inlimine Litis*, sin ulterior eficacia de la prueba del proceso reivindicatorio. No parece ser ese el verdadero alcance del primer párrafo del artículo 38 de la citada ley, pues para la gran parte de los autores, la presunción que establece es válida para todo género de acciones reales, y señaladamente para la acción reivindicatoria<sup>51</sup>. Cosa distinta es una vez surtido por la presunción su normal efecto procesal, en virtud de las alegaciones del demandado, la discusión se entabla sobre la validez del título inscrito de que goza el reivindicante, pero incluso en tal supuesto, a falta de prueba por el demandado de la nulidad del título del actor y del asiento registral en que se apoya, la victoria será de éste, pues las presunciones del artículo anteriormente citado y del artículo 35 de la misma ley, se imponen sobre las que normalmente asisten al poseedor actual de la cosa.

Por consiguiente, ambas presunciones podrían amparar la acción publiciana del titular registral ocasionando la declaración de su mejor derecho a poseer frente al demandado que no pruebe la nulidad de su título y un mejor derecho por su parte, pero forzando sería reconocer que en este caso nos hallamos ante una acción reivindicatoria por parte del titular registral, semejante a la existente en el Derecho francés, con prueba por presunciones basadas en el título del actor y en el correspondiente sientto registral, que ante una acción publiciana independiente y basada exclusivamente en la posesión cualificada del actor<sup>52</sup>.

En cuanto al carácter de las presunciones recogidas en los artículos 35 y 38-1º de la Ley Hipotecaria de 1881; la mayoría de la doctrina considera que se trata de presunciones *iuris tantum*. Así, la presunción de posesión titulada del artículo 35 de la citada ley; que para ROCA SASTRE lo es de usucapión consumada<sup>53</sup>, no podría nunca considerarse como presunción *iuris et de iure* por la propia fuerza del artículo 1954 del Código civil, el cual

---

<sup>50</sup> Vid. R. NUÑEZ LAGOS, R.G.J.L., págs., 250 y 251, 1953, y *Dos acciones y un solo artículo*, en *Rev. De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, II, págs., 12 y sigs., y III, págs., 44 y sigs. 1951.

<sup>51</sup> Vid. por todos J.L. LACRUZ Y F. SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, pág. 173 y nota 7, Barcelona, 1977.

<sup>52</sup> Como precedente inmediato de ambas presunciones, cabe citar el art. 41 de la Ley Hipotecaria de 1909, y su versión modificada por Real Decreto Ley de 13 de junio de 1927. En esta última, a diferencia del art 35 y 38-1º de la Ley de 1881, se dibujaba una verdadera acción publiciana diferente de la reivindicatoria.

<sup>53</sup> Vid. R. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. II, págs., 19 y 20, Barcelona, 1979.

establece que el justo título no se presume nunca<sup>54</sup>, pudiéndose interpretar como una parcial derogación del citado precepto del Código civil en favor del titular inscrito y con alcance meramente relativo. Además, no deja de ser una faceta más de la amplia presunción del art. 38-1º de la Ley Hipotecaria de 1881; y que como ésta requiere para ser destruida, no sólo la prueba en contrario, sino también la modificación del asiento Registral.

Esta relatividad de las presunciones contenidas en ambos preceptos de la Ley Hipotecaria, posibilita en mayor medida su vigencia dentro de la acción reivindicatoria, y explica la peculiar estructura que asume la misma en cuanto al *onus probandi*, y que permite al poseedor titulado, tanto por la vía de acción como por vía de excepción, el que destruidas estas presunciones y abierto el paso a la modificación del Registro en el que se ampara su oponente, intente por su parte la prueba absoluta del dominio, o simplemente la prueba d un mejor derecho a poseer.

Conviene matizar que si bien las presunciones del artículo 38-1º de la citada ley hipotecaria, han sido calificadas como relativas, su juego en relación con el artículo 34 de la propia ley, es una verdadera presunción iuris et de iure, como no deja de reconocerlo pese a su propensión a la toma de consideración de la posesión frente al Registro, el propio J. VALLET DE GOYTISOLO<sup>55</sup>.

Llegados a la cuestión acerca de las relaciones entre acción publiciana e inscripción registral, desde el punto vista del titular no inscrito, ya que en caso contrario no es posible hablar de acción publiciana debido a las presunciones de dominio que asisten al titular inscrito y que le legitiman en todo caso para reivindicar,

Como cuestión previa hay que plantear la problemática del procedimiento especial previsto en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1881 para la efectuación posesoria en favor del titular registral, dado que el ejercicio con éxito de dicha acción frente al poseedor titulado determinaría el papel a asumir por los contendientes en el subsiguiente juicio declarativo que queda siempre expedito a las partes, por no producir la acción real registral efecto d cosa juzgada a tenor del párrafo último del citado artículo 41.

---

<sup>54</sup> Vid. en tal sentido A.M MORALES MORENO, *La inscripción y el justo título de usucapión*, en ADC, págs. 1139 y sigs., 1971.

<sup>55</sup> Vid. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, op. Cit., en *Estudios sobre derecho de cosas*, pág. 365.

La causa segunda es la situación del poseedor ad usucapionem, o del simple poseedor titulado, lo que tendría como consecuencia el mantenerle en la posición de demandado en el subsiguiente juicio declarativo. Si por el contrario la posesión no pudiese paralizar el procedimiento sumario, ello obligaría al poseedor cualificado a asumir la posición de demandante en juicio declarativo que no sería otro que la acción publiciana.

Hay dos posturas doctrinales enfrentadas, algunos autores conceden plena eficacia a la posesión titulada como causa de oposición al procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, mientras que otros recortan al máximo tal posibilidad en aras de una más enérgica protección de la titularidad registral.

La crítica puede considerarse justificada frente a la admisibilidad de la posesión no cualificada, contenida en un concepto amplio de *possessio ad usucapionem*, como sería la posesión en concepto de dueño por más de un año de duración, sin otros requisitos, apta tan sólo para prescripción adquisitiva trentenal, pero con respecto a la *possessio ad usucapionem* entendida como posesión en concepto de dueño dotada de justo título y buena fe, apta para la usucapión decenal, ya que esta posesión ha de ser siempre titulada, sin que en ella se presuma el título, que ha de probarse en virtud del artículo 1954 del Código civil, razón por la cual, incluso desde el punto de vista mantenido por ROCA SASTRE, entra de lleno sin ninguna duda en las previsiones de la causa segunda de oposición al procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Por ello con las restricciones que aconseja todo lo anteriormente expuesto, parece acertado mantener la *possessio ad usucapionem* como posesión titulada o como usucapión comenzada con los requisitos de justo título y buena fe, como uno de los contenidos de la causa segunda del artículo 41, en orden a fundar la demanda de contradicción.

Por otra parte la jurisprudencia sentada por las Audiencias Territoriales, ya que este proceso no accede a la casación por infracción de ley, parece inclinarse por no dar lugar a la acción cuando el demandado exhiba títulos que, aunque discutibles, hagan procedente posponer su discusión para el juicio declarativo ordinario.

La jurisprudencia entiende por posesión en concepto de dueño, que no se trata de la simple posesión en concepto de dueño, sino de la posesión de esta clase titulada además suficientemente.

En cuanto a la prueba de la posesión en concepto de dueño, que hemos visto que la jurisprudencia entiende como posesión titulada, requiere producir una constancia indudable de la exigencia del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, causa segunda a que se refiere, por lo de tratarse de prueba documental, no es admisible como tal documentación de índole fiscal aportada por el contradictor.

Por lo tanto, solamente después de probar la nulidad del título del actor, cabrá la legación de un mejor derecho a la posesión por el demandado, en acción publiciana ejercitada a modo de excepción. Pero, si subsisten tras la paralización del procedimiento especial del artículo 41 las presunciones de la titularidad que recoge el artículo 38, no se puede decir lo mismo de las presunciones posesorias contenidas en el mismo artículo y en el 35 de la Ley Hipotecaria que habrán de considerarse provisionalmente fenecidas desde la resolución judicial que declarase no haber lugar al procedimiento del artículo 41 con base en la contradicción autorizada por su causa segunda, ya que ello lleva consigo la prueba por el contradictor de hechos y titulaciones en principio contrarias a tales presunciones.

Hay que concluir reconociendo un cierto papel a la posesión, especialmente a la cualificada, frente a la inscripción, así como que este papel le viene respetado por la legislación hipotecaria, pero ello sin que quepa en ningún caso exagerar tal función legitimadora en el sentido de extenderla a toda posesión en concepto de dueño, como ha pretendido algún sector de la doctrina y se ha visto consagrado parcialmente en nuestras leyes agrarias, que han hecho en algún momento primar la posesión sobre la inscripción registral.

En consecuencia, no puede tampoco afirmarse que el sistema inmobiliario español, ni mucho menos los de transcripción de títulos, hagan innecesaria o dejen fuera de lugar la prueba del relativo mejor derecho a poseer, como fue argumentado por los autores europeos contrarios a la pervivencia de la acción publiciana, ya que por el contrario, son precisamente las situaciones posesorias que históricamente dieron paso a esta acción, las únicas que deberían ser suficientes para enervar en ciertos supuestos las presunciones registrales, si no se quiere dar al traste por completo con la seguridad dinámica que pretende el Registro, cual ocurriría de admitirse que cualquier posesión en concepto de dueño, incluso probada por indicios y no titulada, pudiese fundamentar la oposición al titular registral.

Otro problema, frecuente en la práctica, que plantea la institución registral en relación con la acción publiciana, viene dado por la no extensión de la fe pública registral a descripción de la finca contenida en el título inscrito. El problema muchas veces estará más propiamente relacionado con la *actio finium regundorum*, que con la acción publiciana como tal, pero en algún supuesto, como el conflicto resuelto por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1962, la impugnación de los límites descritos en un asiento registral, llevará consigo sin duda un verdadero litigio sobre el mejor derecho a poseer.

La impugnación de la exactitud de un asiento registral en cuanto a los datos descriptivos de la finca, puede tener lugar en acción de deslinde, en cuyo caso, a tenor del artículo 385 del Código civil se tendrían en cuenta los títulos y la posesión de los participantes. También esta acción deja abierto el camino a ulteriores acciones declarativas, como preveía la reserva del artículo 2070 de la LEC de 1881 que plantea supuestos de verdadera contención, como los planteados a través de acción reivindicatoria o publiciana. Se trata de supuestos en que la posesión titulada, además de la demostración absoluta del dominio, enervan no sólo las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino también la posible protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria<sup>56</sup>.

En el simple error en los linderos aparece claramente la posibilidad de rectificación del Registro en base a un simple mejor derecho a poseer, no puede decirse mismo en el caso de la doble venta de todo o en parte de una finca por el juego del artículo 1473 del Código civil que otorga preferencia al titular inscrito, pues únicamente él se hace propietario de la cosa. La aplicación jurisprudencial del citado precepto, modera en cierto modo la transcendencia de la inscripción registral en el sentido de que el error de expresión en el contrato no permite considerar el supuesto como doble venta a la que sería aplicable el artículo 1473 del Código civil, al tiempo que afirma el carácter *iuris tantum* de la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que decae con la demostración de la falta de realidad de parte del título inscrito.

En otro sentido, del examen y la jurisprudencia en torno a la doble venta<sup>57</sup>, extrae A. MOLINA GARCIA las conclusiones de que la inscripción efectuada puede enervados sus efectos protectores: 1º cuando en la compraventa no inscrita haya mediado tradición

---

<sup>56</sup> Vid. también Sent. T.S. de 5 de diciembre de 1980, acerca del concepto de finca derivado de los arts. 9 L.H. y 1471 del C. c., como complemento de la protección suministrada por las presunciones registrales.

<sup>57</sup> Vid. A. MOLINA GARCIA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, concl. 8ª., pág. 317, Madrid, 1975.

real y en la inscrita la tradición haya sido fingida. 2º cuando medie posesión real de la cosa, en concepto de dueño, por persona distinta del transmitente a virtud del artículo 448 del Código civil en relación con el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. De ambos aspectos de claudicación de la inscripción registral cabe deducir la posible oponibilidad del mejor derecho a poseer al titular inscrito, incluso en el supuesto de hecho del artículo 1473 del Código civil, aunque éste se refiera exclusivamente a la transmisión de la propiedad y parezca dejar zanjada por completo la cuestión en contra de la posesión, aún titulada, y de la simple traditio sin inscripción.

Sobre la diferencia entre la doble venta del artículo 1473 del Código civil y los supuestos que sólo pueden calificarse como doble inmatriculación, resulta muy clara la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1980, la cual acoge la acción reivindicatoria estimando como probado el dominio de los titulares registrales demandantes con base en el principio *prior tempore potior iure* combinado con el tracto sucesivo ininterrumpido desde la primera inscripción, y afirma que “habiéndose acreditado el dominio por los recurrentes, como derecho preferente al alegado por la parte recurrida.... es visto se cumplen los requisitos necesarios para la efectividad de toda acción reivindicatoria”. Pese a que la expresión “derecho preferente” parece suponer y de hecho supone la comparación de los respectivos títulos de los contendientes, tampoco el supuesto de doble inmatriculación puede por ello aproximarse al mecanismo de la acción publiciana de modo general, toda vez que en la mayor parte de los casos versará sobre la prueba del dominio absoluto, aunque la característica *probatio diabólica* se vea sustituida por la aplicación de los principios de prioridad en el sentido civil que se deriva de la regla *nemo dat quod non habet*, y de tracto sucesivo, cual se plantea en la sentencia citada. Así, pues, la cuestión de la doble inmatriculación se desenvolverá normalmente en términos de estricto dominio, y en el mismo sentido debe interpretarse la referencia del artículo 313 del Reglamento Hipotecario a la reserva de acciones declarativas “del mejor derecho al inmueble”, pues la comparación de los títulos se debe a la especial estructura que las presunciones registrales confieren a la distribución de la carga de la prueba en la acción reivindicatoria.

En cualquier caso, la sentencia que diese final a un pleito de tales características, tendría como resultado la cancelación de las inscripciones contradictorias, sin que el mejor derecho declarado por ella pueda tener acceso al Registro en tanto no consume la usucapión que la convierta en dominio absoluto. Ello supone una particular posibilidad de aplicación del

artículo 313 del Registro Hipotecario, cuya utilización normal es precisamente la contraria, empleándose como procedimiento de reanudación del tracto.

### **Tutela del mejor derecho a poseer en el código civil español.**

El proyecto de Código civil de 1851 dedicaba al dominio el título II, artículos 391 a 395, y a la posesión el título III, artículos 425 a 434, con regulación influenciada por el Código francés. Su breve regulación de la posesión, mereció la crítica en gran medida justificada, por insuficiente, no haciendo referencia a los efectos de la posesión sino en cuanto a la percepción de frutos y abono de gastos, con olvido de los demás efectos de la posesión, así como de los modos de adquirirla y de perderla<sup>58</sup>. En consecuencia, poco se podrá inferir de tal regulación acerca de las relaciones entre la posesión y el dominio, ya que apenas suministran algunos precedentes de la conceptualización de estas instituciones recogida en el Código civil vigente, dado el reducido ámbito de enfoque de la materia posesoria por el proyecto de 1851.

También en la discusión del Anteproyecto de Código civil, la posesión volvió a ser un tema especialmente debatido. La correspondiente ponencia corrió a cargo de SILVELA, cuyo trabajo propuso CARDENAS fuese completado con la regulación más minuciosa del Código austriaco. A este parecer se opusieron los vocales YGON y GAMAZO, quienes juzgaban que una regulación prolija recogería aspectos impropios del Código civil, por lo que era preferible una regulación más breve a la manera del Código francés<sup>59</sup>.

Pese a la mayor concreción que ya el primer proyecto de Ley de Bases demandaba al futuro Código en cuanto a los efectos de la posesión, demanda que en cierto modo reitera el texto definitivo, el Código vigente no llega a consagrar con claridad ninguna acción petitoria en favor del poseedor civil despojado, el cual puede verse así reducido al ejercicio de los interdictos en el plazo de una año a partir de la desposesión, con tal indefensión una vez transcurrido ese plazo. No hubiera ocurrido lo mismo si se hubiese podido por una regulación más detallada, a la manera del Código austriaco, como propugnaba algún miembro de la Comisión, pero lo cierto es que la regulación posesoria de nuestro Código civil, pese a su ordenación sistemática y a su pretendida entronque con el

---

<sup>58</sup> Vid. en tal sentido las manifestaciones de la Universidad de Salamanca, recogidas por J.F. LASSO Y GAITE en *Crónica de la Codificación española*, t. 4, vol. 1º., pág. 254, Madrid, 1979.

<sup>59</sup> Vid. LASSO Y GAITE, op. Cit., págs., 401 y sigs., que resume el contenido del acta núm. 26 de la discusión del Anteproyecto. Otros aspectos de la discusión en A. HERNADEZ GIL, *La posesión*, cit., passim.



Derecho histórico, sigue una vía similar a la del Código civil francés, y como éste, guarda silencio en torno a la publiciana de forma casi absoluta.

Puede pensarse, que la no utilización del concepto de posesión civil, salvo en la definición del artículo 430, o el establecimiento de la pérdida de la posesión de otro por más de un año en el artículo 460-4º del Código civil, pérdida que en rigor deberá reducirse a la *possessio ad interdicta*, son indicios que apunta a la exclusión de la acción publiciana, y así lo considera, en efecto, algún autor<sup>60</sup>, afirmando la inexistencia de cualquier acción a disposición del poseedor, después de transcurrido una año de posesión por persona distinta.

La remisión del artículo 446 del Código civil a los medios establecidos por la leyes de procedimientos, no tiene por qué interpretarse como restrictiva de la tutela del poseedor a los interdictos o juicios sumarios, pues la generalidad de su planteamiento, que extiende la tutela interdictal a "todo poseedor" convirtiéndola en un efecto común a toda clase de posesión<sup>61</sup>, puede considerarse comprensiva de toda acción real, y entre ellas de la especial acción petitoria, aunque su legitimación activa no esté extendida a todo poseedor.

No faltan otras menciones en el texto del Código civil español aun procedimiento de mayor alcance que los interdictos a disposición del poseedor civil despojado, como lo sería el indicado en el inciso final del párrafo 2º del artículo 445 del Código civil. Este precepto era ya de modo general interpretado por J.M MANRESA como referente a la posesión civil de forma similar a la que conduciría la interpretación histórica del precepto, que hoy establece el propio Código en su artículo 3-1º, en perfecta consonancia con la Base 1ª de la Ley de 1881, pese a lo cual su insegura redacción, lo concierte en un precepto difícilmente aplicable.

Respecto a las reglas del artículo 445-2º del Código civil que difieren tanto de los artículo 472 y siguientes del ABGB, como del artículo 488 del viejo Código civil portugués<sup>62</sup>, se puede ya afirmar que trae a colación temas más propios de la acción publiciana, que de un juicio sobre el hecho de la posesión, como lo hace el Profesor DE

---

<sup>60</sup> Vid. en tal sentido M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, 1º, pág. 359 y nota, Barcelona, 1977.

<sup>61</sup> Vid. A. MARTIN PEREZ, *comentarios...*VI, cit., art. 446, pág. 247.

<sup>62</sup> Vid. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble en Estudios sobre Derecho de cosas*, cit. Págs. 104 y sigs. También en RGLJ, págs. 675 y sigs, 1947-6.

LOS MOZOS<sup>63</sup>, aunque que ello no permita aseverar que las citadas reglas, que ponen su atención en primer término sobre la posesión actual, posteriormente sobre la antigüedad de las posesiones y sólo en último término sobre la titulación, hagan referencia a una acción basada en el mejor derecho a la posesión, ya que aunque la referencia al título exceda del marco de un conflicto sobre la posesión como hecho, y las reglas 1ª y 2ª conduzcan a soluciones que en nada difiere de las que podrían alcanzarse mediante los interdictos, la solución con referencia al título de los litigantes es difícilmente ejemplificable en un supuesto que se plantea como “contienda sobre el hecho de la posesión”. Por ello, la doctrina está conforme en calificar el supuesto de hecho de esta norma como de “muy difícil realización”<sup>64</sup>, concluir que el precepto trata de establecer la “verdad legal” sobre el hecho de la posesión, de modo que habría incluso de preceder en el orden lógico al juicio interdictal determinando el papel de las partes en el proceso.

El precepto que nos ocupa, suministra simplemente criterios que pueden encontrar aplicación en distintos cauces procesales, lo que viene a coincidir con precedentes históricos, como por ejemplo las cuestiones planteadas por A. GOMEZ sobre la Ley XIV de Toro en cuanto al interdicto *uti possidetis*.

Es el último inciso del artículo 445 del Código civil el que puede aducirse como apoyo textual de la acción publiciana en nuestro Código civil, y en la práctica, numerosos conflictos en los que se invocaban las reglas del citado artículo, eran verdaderos supuestos de acción publiciana, incluso frente a titular inscrito, por expresa referencia del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en su redacción tras el R.D. de 13 de junio de 1927, que VALLET DE GOYTISOL y otros autores consideran totalmente errada<sup>65</sup>, por situar en el mismo plano entidades tan diferenciadas como la posesión tabular y la posesión propiamente dicha. Sin embargo, el verdadero apoyo posiblemente proveniente de este artículo, no viene dado por su regulación posesoria un tanto oscura, sino más bien por su remisión final a los “trámites correspondientes” a efectos de la decisión sobre la propiedad o la posesión de la cosa.

---

<sup>63</sup> Vid. J.L. DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, cit, pág. 242.

<sup>64</sup> Vid. por todos A. MARTIN PEREZ, *Comentarios*, cit VI, pág. 236. Sobre la aplicación de la regla tercera, preferencia del título, trae VALLET a colación algunos ejemplos propuestos por J. ALGUER MIRÓ. Vid. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, loc, cit, págs. 107 y 108.

<sup>65</sup> Vid. J.B. VALLET, loc, cit, pág. 110. Sin embargo, para cualificar una posesión válida para fundamentar la contradicción de la causa 2ª del art 41 de la L.H. vigente, recurren a veces los Tribunales a las reglas del art. 445 del C.c.

DE DIEGO LORA rechaza la posible la relación de este inciso del artículo 445 del Código civil con la acción publiciana, con base en el mismo argumento que utilizaba con respecto a la reserva de acciones del artículo 1658-3º de la LEC de 1881, la posesión de que habla el precepto, es el *ius possidendi* derivados de derechos distintos del dominio, pero no es el *ius possessionis* considerado como realidad jurídica independiente.

En consecuencia parece oportuno terminar, que el “trámite correspondiente” a la decisión sobre la propiedad o posesión de la cosa que menciona el artículo 445, no serán otros que la acción publiciana o la acción reivindicatoria, ya que es indudable la actual identificación de la primera de ellas con el antiguo juicio plenario posesorio.

El artículo 1947 del Código civil también plantea la disyuntiva entre acciones petitorias referentes al dominio y a la posesión. El precepto plantea una situación de conflicto entre dos poseedores de los que uno, al menos, es poseedor ad usucapionem, exigiendo para que el acto de conciliación del demandado, que se presente en el plazo de dos meses demanda sobre “posesión o dominio”.

En consecuencia es más que probable que la referencia al artículo 1947 del Código civil, no sea otra cosa que una referencia al plenario posesorio o a la acción publiciana. No sería además, en este caso, oponible la hipotética referencia del término posesión a un *ius possidendi* derivado de un derecho distinto del dominio, pues tal posesión sería en todo caso compatible con la posesión *ad usucapionem* del demandante, careciendo por lo tanto de virtud interruptiva tal especie de demanda que no verse sobre la posesión en concepto de dueño incompatible con la del demandado.

No parece descabellado afirmar que tanto el artículo 445 del Código civil como el artículo 1947 del mismo texto legal, suministran cierto apoyo textual a la pervivencia de la acción publiciana, por la vía de la referencia a un juicio ordinario sobre la posesión, contrapuesto en cierto modo con la acción reivindicatoria. Tal pensamiento encaja con la noción de posesión que denotaba el legislador de 1888, aunque con la brevedad y vaguedad de estas referencias justifique la duda.

Desde el punto de vista sustantivo, tal silencio no puede aducirse, puesto que la mera mención de la posesión civil por el artículo 430 del Código civil basta para rechazar las posibles acusaciones de que el intérprete que juzgue subsistente la acción publiciana, esté con ello creando una nueva relación real, un nuevo derecho subjetivo no consagrado

por el ordenamiento, como afirmaban en sus países LAURENT y BONFANTE, con eco entre nosotros en la doctrina de TRAVIESAS.<sup>66</sup>

Aunque los civilistas españoles del siglo XIX, hablaron de la posesión civil como verdadera “propiedad presunta”, no despojaron tampoco a la posesión menos cualificada de ciertos efectos legitimadores más limitados. Este pensamiento, reflejado ya en nuestro Derecho histórico, se ve de nuevo plasmado en el actual artículo 448 del Código civil, que desde luego ha de entenderse como una presunción de posesión titulada cuyos efectos se limitan a exigir la prueba de un título mejor por parte del actor en juicio petitorio, como efecto defensivo de la posesión conocido desde antiguo como *commodum possessionis*. Nunca podrá tener tal presunción ningún efecto ofensivo de la posesión desde el punto de vista del actor, ni fundamentar una acción frente a quien por ser igualmente poseedor en concepto de dueño goza de idéntica presunción, ya que sólo el precarista parece estar en principio excluido de ella.

Tampoco la escueta consagración de la acción reivindicatoria por el artículo 348 del Código civil, permite confundir la acción reivindicatoria, como acción que requiere probar el dominio, con la acción publiciana, que por lo tanto no puede acogerse a tal precepto como fundamento de derecho, aunque la doctrina jurisprudencial lo haya afirmado en algún pronunciamiento *obiter dictum*, de modo que no puede en absoluto justificarse dada la redacción del artículo 348 del Código civil en su párrafo 2<sup>o</sup><sup>67</sup>. Otra cosa es el hecho de que el propietario absoluto pueda acogerse a la tutela que le brinda la acción publiciana para evitar la dificultad probatoria proveniente de la llamada *probatio diabólica* en caso de no poder probar una adquisición originaria. Tal faceta de la acción publiciana no se puede poner en duda, y puede justificar y aconsejar el ejercicio de la acción publiciana, sola o acumulada a la acción reivindicatoria, por quien realmente es propietario absoluto de la cosa que reclamado frente al poseedor actual.

### **Exclusión de la acción publiciana del campo de las acciones reales sobre bienes muebles.**

Se observa de este modo que si la legitimación, cuando pasa a estar totalmente a cargo del Registro en cuanto a la propiedad inmueble, absolutiza ésta hasta el punto de

---

<sup>66</sup> Vid.M. TRAVIESAS, Extinción y reivindicación del derecho de propiedad, en RDP, págs. 205 y sigs, 1920.

<sup>67</sup> Vid S. del T.S. de 6 de marzo de 1954( C.L. 1954 núm.112), que declara ambas acciones amparadas en el 2º párrafo del art.348 del C.c.

hacer innecesaria e inviable la acción publiciana, como ocurre en los sistemas de inscripción constitutiva del dominio, cuando por el contrario la legitimación corre por completo a cargo de la posesión, como ocurre en los bienes muebles, se produce la inoperancia de la acción publiciana, al convertirse la reivindicación en una acción susceptible de prueba relativa y por presunciones, donde no puede hallarse la *probatio diabolica*.

En lo que se refiere a los bienes muebles, hay que dar la razón a quienes afirman la innecesidad de una acción como la publiciana dentro de la moderna disciplina de la propiedad mobiliaria.

Cabría hallar alguna aplicación jurisprudencial de principio, en cierto modo semejante al recogido en el ART 464 del Código civil, de que puede entablarse la reivindicación de bienes muebles con base en la posesión anterior del actor, que es recogido por el parágrafo 1007 del BGB y que se ha querido entocar con la acción publiciana. Tal es el caso del STS de 12 de diciembre de 1966, número 5715, la cual parece admitir la prueba del dominio del bien mueble, presumiéndolo a partir de la prueba de la posesión anterior del actor en acción reivindicatoria. Esta misma posesión anterior del actor, tiene el efecto según declara la sentencia citada en un subsiguiente considerando, de que en aplicación del ART 448 del Código civil, corresponda la prueba a quien afirma que el derecho no pertenece al que ejercita su contenido, que en el caso que resuelve la sentencia es precisamente el demandado. Se produce así la inversión de la carga de la prueba como efecto normal de la presunción del dominio del actor, que según declara el segundo considerando, puede basándose en la posesión anterior, por sí sola o en combinación con otras pruebas, contribuir a formar la convicción del juez.

## **CAPÍTULO VIII POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.**

### **Posturas negadoras de la pervivencia de la acción publiciana en el Derecho español vigente.**

En España, no se ve reproducida la postura doctrinal negatoria de la acción publiciana en toda su pureza, ya que mientras M. TRAVIESAS, que recoge la argumentación de LAURENT en cuanto a la inconveniencia de introducir la acción por vía

de interpretación, no cree en la existencia de una laguna legal<sup>68</sup>, ya que afirma previamente la existencia de un único tipo de propiedad, al que corresponde la acción reivindicatoria, sin que se halle ningún otro derecho subjetivo digno de protección en ninguna parte de nuestro Código civil.

El punto de vista de quienes en España razonan en contra de la vigencia de la acción publiciana, atiende más bien a la negación de la existencia de un derecho sustantivo similar al dominio y desprotegido por la exigencia de una prueba de la acción reivindicatoria: no sólo faltaría consagración legal de la acción publiciana, sino del propio derecho subjetivo que aquélla vendría a proteger. La noción del dominio de nuestro artículo 348, es, en cuanto a inmuebles única y muy diferenciada de la posesión, encontrándose perfectamente adaptada a ella la acción reivindicatoria, la cual, aún requiriendo la prueba absoluta del dominio del actor, no necesitaría correctivos a su rigor probatorio. Entronca así la postura de los autores españoles que se oponen a la pervivencia de la acción publiciana, con la de algunos autores italianos como P. BONFANTE y A. BUTERA, y especialmente con el primero de ellos, en tanto que niega la existencia de un derecho sustantivo intermedio entre la propiedad y la posesión.

En la sucesión temporal, frente a la originaria admisión unánime de la acción publiciana tras la publicación del Código civil, fueron PLANAS Y CASALS, y el citado M. TRAVIESAS los primeros en postular su inexistencia, negándola todo posible apoyo legal y señaladamente el del artículo 445 del Código civil. La consecuencia del triunfo de tal postura no hubiese sido otra que la consagración del dominio absoluto como único y tutelado por la acción reivindicatoria, que en su configuración jurisprudencial se mostró siempre como más rigurosa en el orden probatorio, de lo que se ha venido observando en Francia e Italia.

Estas primeras argumentaciones en contra de la acción publiciana, puede decirse que parten exclusivamente de la letra de nuestro Código civil, sin plantearse la mayor o menor necesidad existente de la misma, ni la gradación de los efectos de su admisión, más o menos beneficiosos según la configuración que se admita. Son argumentaciones puramente interpretativas del texto legal, que concluyen no hallando base sustantiva ni procesal para la construcción de la acción publiciana, cuya introducción estaría prohibida a la jurisprudencia.

---

<sup>68</sup> Vid. M.M. TRAVIESAS, loc. Cit., pág. 206 y nota 1.

Mayor es la complejidad de los ataques de que con posterioridad realizó G. GARCÍA VALDECASAS. Este autor, recoge todos los argumentos imaginables en contra de su pervivencia, desde su innecesidad tanto para bienes muebles como para inmuebles, hasta la inconveniencia de su introducción por la vía de la relajación de la prueba del dominio en la acción reivindicatoria que a su juicio, "hace pensar en la admisión del principio, más amplio, del derecho menor y más probable"<sup>69</sup>.

Clasificación y descripción crítica de los argumentos contrarios:

A) Tendentes a considerar decisivo el silencio legislativo en contra de la acción publiciana

- Desde el punto de vista sustantivo, afirmando la inexistencia del dominio relativo del derecho subjetivo digno de tutela procesal, y como derecho intermedio entre propiedad y posesión en cuanto a los bienes inmuebles.
- Desde el punto de vista procesal, considerando la acción publiciana excluida de la regulación posesoria del Código civil, artículo 445 y del artículo 1658.3 del LEC de 1881.

B) Tendentes a demostrar la innecesidad de la acción publiciana

- La improcedencia de una acción sobre el mejor derecho a poseer en materia de bienes muebles, dada la vigencia del principio *possession vaut titre*, así como en materia de inmuebles dada la firmeza alcanzada por las titularidades dominicales por obra del Registro de la Propiedad.
- La falsedad de la argumentación de justicia en que pretende apoyarse la acción publiciana se denuncia por M. ALBALADEJO, según el cual, el mejor derecho a poseer no necesita de tal acción, sino de otra acción concreta que lo ampare en cada caso, acción de la que gozará siempre quien tenga derecho a poseer la cosa en litigio de modo indubitable, aunque su derecho sea sólo temporal y derivado de una relación obligacional<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Vid. G. GARCÍA VALDECASAS, ADC, I, cit., pág.99, 1948.

<sup>70</sup> Vid. M. ALBALADEJO, Derecho civil, cit., pág. 361 y sigs., donde supone un conflicto entre dueño, usufructuario y arrendatario, frente a un poseedor de buena fe.

C) Tendentes a poner de relieve la inconveniencia de admitir la vigencia de la acción publiciana

- El argumento que GARCÍA VALDECASAS plantea como contrario a la pervivencia de la acción publiciana, debe reconducirse al tema de la prueba del dominio en la acción reivindicatoria, en cuyo contexto, resulta contrapuesto a la pretendida fusión de las acciones reivindicatoria y la publiciana, pero no a la subsistencia de esta última como acción independiente con el más reducido supuesto de hecho con que puede acogerse en nuestro ordenamiento.
- MARTÍN PÉREZ afirma en este sentido que “no debería confundirse la facilitación de la prueba en la acción reivindicatoria, con la admisión o incorporación dentro de ella de la acción publiciana”, con indudable acierto, ya que en el aspecto sustantivo de la prueba, una cosa es la admisión de medios como las presunciones, y otra muy distinta la variación del propio *thema probandum*. Por el primero de estos procedimientos, continúa el citado autor,” puede llegarse a una amplísima dimensión de eficacia de la acción publiciana, desbordando sus presupuestos posesorios tradicionales”.

De ésta, como de las demás argumentaciones que esgrimen contra la supervivencia de la acción publiciana, puede decirse que tienden a salvaguardar la noción absoluta del dominio, cabiendo objetar en su contra que precisamente la acción publiciana históricamente ha sido un complemento inexcusable de tal noción que ha jugado el papel de hacer compatible este concepto absoluto del dominio con las tendencias moderadoras del derecho estricto, cristalizado es esta materia en la llamada *probatio diabólica*.

### **La consideración de la acción publiciana como embebida en la acción reivindicatoria actual.**

El tratamiento de esta corriente doctrinal en segundo término, viene aconsejada por el carácter de doctrina intermedia que pretende revestir, entre las posturas radicalmente contrarias a la subsistencia de la acción publiciana y aquellas otras favorables a su configuración como acción independiente.

La tendencia a considerar la acción publiciana como embebida en la acción reivindicatoria, se presenta, marcada con el eclecticismo de su patrocinador CASTÁN TOBEÑAS, mereciendo desde su primer momento una gran acogida por parte de la



doctrina científica hasta el punto de convertirse en opinión dominante, hasta la obra de GARCÍA VALDECASAS de 1948 y su continuación por DE DIEGO LORA y ALBALADEJO.

Puede afirmarse que en España esta conceptualización de la acción reivindicatoria como tendente necesariamente a la declaración del dominio es pacíficamente admitida por la doctrina, incluso por el propio CASTÁN TOBEÑAS y quienes le siguen en su concepción de la acción publiciana aún cuando tal definición de la acción reivindicatoria cierra el camino de la declaración meramente incidental del dominio, como posible justificación de la suavización del rigor probatorio en la acción reivindicatoria.

Así desechado el carácter incidental de la prueba del dominio en la acción reivindicatoria como posible fundamento de un menor rigor probatorio del mismo, sólo cabe pensar que la inexcusable prueba del derecho de propiedad del actor pueda ser facilitada mediante la admisión de la prueba de presunciones, en este caso no legales sino meras praesumptiones hominis, que, con base en la posesión perdida por el actor, en su prueba no absoluta de la adquisición del dominio, o en cualquier otro indicio, permitan al juez declararle propietario.

Ello afecta a la propia noción sustantiva del derecho de propiedad, que resulta desnaturalizada en detrimento de su carácter oponible *erga omnes*. Pero los partidarios de esta teoría restan importancia al fenómeno, bien ignorándolo, bien apoyándose en que la declaración del dominio que lleve a cabo el órgano jurisdiccional competente tiene limitados sus efectos de cosa juzgada a las partes del litigio, en virtud del artículo 1252 del Código civil, aún en el caso de que tal declaración se haya producido con fundamento en la prueba absoluta del dominio por el actor.

Para J.PUIG BRUTAU este artículo tiene como consecuencia la equiparación a efectos de cosa juzgada de la declaración del dominio absoluto y la declaración de un mero mejor derecho a poseer<sup>71</sup>, ya que siempre podrá accionar con éxito un tercero ajeno a la primitiva relación procesal, contra quien resulte declarado propietario en virtud de sentencia firme.

---

<sup>71</sup> Vid. J.PUIG BRUTAU, fundamentos, cit, pág.256.

En consecuencia, en nuestro Derecho puede afirmarse, el mejor derecho a poseer se mueve dentro de los límites más estrechos, como lo son la posesión dotada de justo título y buena fe, de acuerdo con la tradición histórica de la acción publiciana.

Los propugnadores de la fusión entre reivindicatoria y publiciana sobre todo CASTÁN TOBEÑAS, no parecen querer prescindir por completo de los tradicionales presupuestos de la acción publiciana, al afirmar la necesidad de que el actor pruebe una posesión hábil para la usucapión, pero lo cierto es que la no exigencia de buena fe y justo título en la posesión que da lugar a la prescripción trentenal del dominio, conduce a que cualquier posesión en concepto de dueño pueda considerarse hábil para la usucapión.

La opinión de A.MARTÍN PÉREZ, quien, considerando la doctrina que nos ocupa como acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, objeta en contra de ella lo siguiente:”Parece que no debería confundirse la facilitación de la prueba en la acción reivindicatoria, con la admisión o incorporación dentro de ella de la acción publiciana. La acción publiciana puede reconocerse existente o no, conveniente o no admitirla, pero arranca de supuestos distintos de los de la reivindicatoria”.

“Una cosa es accionar como propietario, probando más o menos este título, y otra accionar como poseedor con mejores derechos que el demandado. En un caso, la posesión de buena fe que se pruebe, puede o no estimarla el juzgador suficiente como prueba del dominio. En el otro, la posesión de buena fe es precisamente la situación exacta para accionar. En un caso es el medio de prueba del dominio; en el otro, el propio título en la acción reposa”.

Esta distinción junto con la inexistencia en nuestro Derecho de una prueba del dominio por presunciones similar a la existente en Francia, debe ser suficiente para desechar la posible fusión de ambos remedios procesales, lo cual no debe entenderse como que ambas acciones o puedan ejercitarse acumuladas en una misma demanda, como cautela del demandante para el caso de fracasar en la prueba absoluta de su dominio.

### **Consideración de la acción publiciana como independiente de la acción reivindicatoria.**

La opinión favorable a la consideración de la acción publiciana como subsistente con independencia de la acción reivindicatoria, por ello vamos a analizar la visión de algunos autores, como F. SÁNCHEZ ROMAN, este autor la define como” acción real que

competite al poseedor civil de una cosa contra el que la posee sin título o con otro, pero con menos derecho, para que le sea restituida la cosa con sus frutos, accesiones y abono de menos cabos”.

De los rasgos definitorios de esta definición conviene extraer los siguientes:

- a) Compete la acción publiciana al poseedor civil o poseedor de derecho de una cosa, contra quien ostente un derecho inferior.
- b) La posesión de buena fe requerida para su ejercicio, no existe sino con base en justo título, en el que deberá el actor fundar su demanda.
- c) No exige esta acción del actor la justificación de su dominio.
- d) La acción publiciana se entiende también concedida al dueño.

Estos son, los caracteres de la acción publiciana de nuestro Derecho histórico, considerando vigente tras la publicación del Código civil en este aspecto, y a esta consideración de la acción publiciana se adhiere la generalidad de la doctrina.

Esta tendencia puede apreciarse en numerosos trabajos que denotan su preferencia por la acción publiciana.

Ejemplo de esta tendencia puede ser, J.L.DE LOS MOZOS, quien al presentar la acción publiciana referida a la propiedad como una forma típica de actuación procesal del principio de la buena fe, describe la integración del título necesario para accionar, mediante la buena fe<sup>72</sup>. El mismo autor, en otro trabajo, se muestra partidario de admitir la acción publiciana en otra vertiente, como acción independiente que ampara el mejor derecho a poseer<sup>73</sup>.

También J.L.LACRUZ BERDEJO<sup>74</sup>, estima que si abandonan los requisitos específicos para accionar propios de la acción publiciana, ello ha de conducir a que la acción resultante proteja a cualquier poseedor de hecho que haya poseído por más tiempo que su adversario.

---

<sup>72</sup> Vid. J.L.DE LOS MOZOS, El principio de la buena fe, págs. 281 y sigs. Barcelona 1965.

<sup>73</sup> Vid. J.L.DE LOS MOZOS, Tutela interdictal..., cit, pág.165.

<sup>74</sup> Vid. J.L. LACRUZ BERDEJO, Contribución a una pedagogía de la posesión, en Estudios DE CASTRO, II, págs. 62 y 63.

Otro autor J.M.LETE DEL RIO<sup>75</sup>, quien además de considerar que esta es la línea seguida por nuestro Tribunal Supremo, ve en la evolución de la doctrina francesa acerca de la prueba por presunciones del dominio, una creciente independización de esta doctrina probatoria con respecto a la acción reivindicatoria.

Comparte también esta tesis L.DÍEZ PICAZO<sup>76</sup>, adopta una definición muy similar a la de SÁNCHEZ ROMÁN.

También es destacable la aportación de V.L.MONTES<sup>77</sup>, que se decanta por esta opción doctrinal, tras una elaboración de los datos que en el Derecho civil español rodean el problema, así como la discusión en la doctrina civilista francesa e italiana.

Este autor excluye la posibilidad de que en la acción reivindicatoria se opere a través de la comparación de las situaciones posesorias de las partes, y en sentido contrario niega toda relación con la acción publiciana a aquellos conflictos que se desenvuelven en términos de riguroso dominio, como algunos de los planteados por el artículo 1473 del Código civil, o en aquellos en que la posesión es tomada en cuenta únicamente en concepto de *traditio*, como modo de adquirir el dominio, o como elemento formativo del propio título dominical, en los casos en que entra en juego la usucapión consumada.

En consecuencia, el reparo frente a la independencia de la acción publiciana proveniente de este punto de estrecha relación entre ella y la acción reivindicatoria, ha de ser replicado con base en que no siempre es posible la absoluta confianza del propietario en su propia titulación, y en tal caso resulta peligroso confiar en un remedio procesal que no permite el examen de la situación del demandado con respecto a la cosa.

### **Rigor probatorio del dominio en la acción reivindicatoria según la doctrina de nuestro Tribunal Supremo.**

En esta materia, hay que afirmar el *thema probandum* a cargo del actor en reivindicatoria es, su propia cualidad de propietario, aspecto genérico de la carga de la prueba que se concreta en los aspectos referentes a la prueba de su título dominica,

---

<sup>75</sup> Vid. J.M. LETE DEL RIO, Protección del Derecho de propiedad, cit, págs. 38 y sigs.

<sup>76</sup> Vid. L.DÍEZ PICAZO, Estudios sobre jurisprudencia civil, II, págs. 208 y sigs, Madrid, 1975. También Fundamentos de Derecho civil patrimonial, t. II, pág. 548, Madrid, 1978.

<sup>77</sup> Vid. V.L. MONTES, La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo, págs. 280 y sigs, Madrid, 1980.

identificación de la cosa reclamada, y prueba de la posesión o detentación de la misma por el demandado.

Por lo tanto, sea cual sea el concepto de título que se vaya a aplicar, el título del actor habrá de ser el principal objeto de su actividad probatoria, ya que en defecto de tal prueba el demandado será absuelto y continuará en posesión de la cosa aunque la posea sin derecho. Esto es consecuencia de la vigencia ininterrumpida del llamado *comodum possessionis*, mantenida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, se traduce en que sin que el demandante logre establecer su dominio, el demandado no habrá de probar por su parte ningún derecho, su título no es objeto de examen en tanto el actor que haya pedido su nulidad, no logre establecer su propio título dominical.

Se pueden citar las sentencias de 6 de marzo de 1914 y 19 de febrero de 1972 (C. L. número 87), afirmando esta última que “para que prospere la acción reivindicatoria, es preciso que se justifique cumplidamente el dominio del actor”.

La improcedencia del examen de la titulación del demandado es reiteradamente establecida por nuestro más alto Tribunal, los empleados por la sentencia de 26 de febrero de 1970 (C.L. 1970, núm.93): “la acción reivindicatoria no es simplemente la confrontación de títulos...para determinar cuál sea el preferente, sino que como acción *erga omnes* precisa que se acredite el dominio plenamente”. La sentencia de 25 de abril de 1977 (C.L. 1977, núm. 162), declara que “lo importante es lo que resulte del título del actor, y no del título del demandado”, o la sentencia de 18 de mayo de 1978, al afirmar que “la acción reivindicatoria sólo puede prosperar acreditándose cumplidamente los tres requisitos siguientes: dominio del actor, identificación de la cosa reclamada, y posesión o detentación de la misma...bastando la falta de cualquiera de ellos para desestimar la acción, sin necesidad de comparar las respectivas situaciones jurídicas del actor y del demandado”.

Las sentencias citadas, no dejan dudas sobre la exclusiva incumbencia sobre el actor de la carga de la prueba del derecho de propiedad, pero dejan simplemente esbozado cuál tiene que ser el contenido de la carga de la prueba en cuanto a la titulación se refiere.

No se trata sin duda de suministrar prueba basada exclusivamente en un título preconstituido, sino referida genéricamente al acto de adquisición, como puede deducirse de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1965, que afirmaba que “para la viabilidad de la acción reivindicatoria...es indispensable que el propietario presente título

legítimo por el cual acredite de forma fehaciente la propiedad de la cosa que trata de reivindicar, entendiéndose por título de Derecho civil...tanto la causa cuya virtud es poseída o se adquirió alguna cosa, como el instrumento con que se acredita el derecho que sobre la misma cosa pertenece a quien lo ostenta”.

Título de dominio a efectos de la acción reivindicatoria, no ha de entenderse, necesariamente como título preconstituido. En el mismo sentido, la sentencia de 24 de junio de 1966 ( RJA 3.433), reiterando, la doctrina de numerosos pronunciamientos anteriores, como la sentencia de 10 de junio d 1963, afirma lo siguiente:”El artículo 348 del Código civil, al referirse en su *segundo párrafo a la acción reivindicatoria, no da normas sobre los medios de justificarla por lo* que habrá de estarse a las reglas generales del Derecho, y si bien para el éxito de la acción es preciso justificar la propiedad del bien reclamado, ésta puede fundarse en un título justificativo del dominio, como en la posesión continua durante el plazo marcado por la ley para la prescripción ordinaria, y, por otra parte, no viene exigida la presentación de un título que demuestre por si sólo que el actor ostenta el dominio, sino simplemente que este derecho sea demostrado a través de los distintos medios de prueba que la ley admite, porque el término técnico, no equivale a documento preconstituido, sino a justificación dominical”.

Así pues parece, apuntar la pervivencia de un cierto rigor probatorio del dominio, semejante a la llamada *probatio diabólica*, aunque de más reducido alcance. Alguna declaración jurisprudencial, como la de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1967 ( RJA 1967, número 5.178), al afirmar que “no pude exigirse en toda acción reivindicatoria la prueba diabólica de acreditar todas las transmisiones inmobiliarias desde tiempo inmemorial”.

Existen otras limitaciones o atenuaciones del rigor probatorio del dominio, una de ellas es la atenuación de la prueba que se deduce de la presunción *qui semel fuit dominus, semper praesumitur dominus*, la cual tiene como efecto, que el actor que probó su adquisición del dominio, sea presumido propietario actual, pesando sobre el demandado la carga de la prueba en contrario. En este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 1944 y que se confirma con la sentencia de 4 de julio de 1975 ( C.L. 1975, núm. 275).

Otra importante atenuación del rigor probatorio del dominio es la que proviene, a favor de los titulares registrales de las presunciones establecidas en los artículos 35 y 38 de la Ley Hipotecaria, resolviéndose la última de ellas en una presunción *iuris tantum* del dominio

del titular registral que acciona en reivindicatoria, con el efecto de desplazar la carga de la prueba hacia el demandado. Así la sentencia de 28 de mayo de 1979, afirma que “estando inscritos en el Registro de la propiedad, tanto el solar como la edificación, existe una presunción iuris tantum de propiedad y consiguiente derecho a la posesión, a favor del actor y la carga de la prueba ha de corresponder al demandado”.

Cabe en principio destacar que sólo la prescripción adquisitiva o la posesión inmemorial parecen haber sido tenidas en cuenta como prueba del dominio diversa del título preconstituido a favor del actor. En este sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO al afirmar que en el Derecho español sólo la posesión sirve como prueba del dominio, aparte de la prueba de la adquisición derivativa del mismo, y ello en los supuestos de usucapión consumada o de posesión inmemorial, ya que la presunción de justo título contenida en el artículo 448 del Código civil, sólo favorece al demandado que ostenta la posesión actual de la cosa litigiosa<sup>78</sup>.

Procesalmente y desde el punto de vista del actor, la posesión no puede surtir ningún efecto presuntivo del dominio, ya que favorecerá al demandado como poseedor actual.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye un valor indiciario a ciertos hechos, como las indicaciones del Catastro, el pago de las contribuciones territoriales y algunas circunstancias externas de los fundos, en el sentido de que apreciadas conjuntamente pueden servir al Juez para saber quién es el propietario.

Los mencionados indicios habrán de complementar una titulación incompleta del actor, pero en ningún caso pueden integrar el núcleo de la prueba, ya que ello habría de ser con base en *praesumptiones hominis*, normalmente insuficientes para enervar la presunción legal que en virtud del artículo 448 del Código civil asiste al poseedor demandado.

### **Admisión y configuración de la acción publiciana por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

La admisión por el Tribunal Supremo de la vigencia de la acción publiciana ha sido doctrina constante a partir de la sentencia de 24 de febrero de 1911 (JC 1911, número 80),

---

<sup>78</sup> Vid en tal sentido LACRUZ BERDEJO, Elementos... III, 1º, cit, pág. 232 y L.DÍEZ-PICAZO, Fundamentos..., cit, pág. 556, así como M. DE LA CÁMARA, op, cit, págs. 220 y 225, aunque la afirmación de este último aparece en tono dudoso.

aunque esta postura de favor se mantuvo inicialmente en pronunciamientos que rechazaban la pretensión actora por falta de requisitos comunes con la acción reivindicatoria, o bien, desarrollando verdadera doctrina sobre la acción publiciana, no era en rigor los principios de esta acción los inspiradores del fallo, como en la sentencia de 30 de marzo de 1927 ( JC 1927, núm.107) en la que se accedió a la pretensión de la parte actora sobre l posesión de unas aguas, puede afirmarse que pase a la constancia de la tesis jurisprudencial favorable a la perviencia de la acción publiciana desde tiempos anteriores, es la sentencia de 26 de octubre de 1931 ( JC 1931, núm.175) la primera en acoger los principios de la acción publiciana como fundamento directo del fallo.

DE DIEGO LORA considera inexistente una verdadera doctrina jurisprudencial favorable a la vigencia de la acción publiciana. Aduce en el citado autor en este sentido la sentencia de 28 de febrero e 1958 ( C.L. 153), la cual desestimó la demanda por falta de identificación de la finca reclamada. Lo cierto es que dicha sentencia, lejos de constituir el arranque de una postura jurisprudencial de explícita condena de la vigencia de la acción publiciana, es sólo una más entre aquellas sentencias que rechazan su aplicabilidad al caso concreto, en defecto de algunos requisitos comunes a las acciones reivindicatoria y publiciana, por lo que puede decirse de forma indirecta, a través de su mención y desestimación, consagran su vigencia teórica, aunque no como fundamento de fallo estimatorio.

Originariamente, la jurisprudencia se muestra partidaria de la consagración de una acción publiciana independiente de la acción reivindicatoria con absoluta unanimidad hasta la sentencia de 21 de febrero de 1941 ( RJA 1941, ním. 153), primera en romper esta línea para hacer tránsito hacia la conceptualización de la acción publiciana como embebida en la acción reivindicatoria.

Con posterioridad, sólo otra sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1954 ( C.L. 1954, número 112), se incorpora en esta línea al afirmar que tanto la acción reivindicatoria como la publiciana se hallan amparadas por el segundo párrafo del artículo 348 del Código civil.

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la prueba del dominio, deduce ALBALADEJO,” la acción publiciana no cabe dentro de la reivindicatoria típica, sino que es, a lo más una reivindicatoria menor”, la cual, en ningún caso puede fundarse en



el artículo 348.2 del Código civil, en contra de lo que sostienen los partidarios de la fusión de ambas acciones.

Otras sentencias del Tribunal Supremo, como las de 8 de julio de 1932 ( RJA 1932-33, núm 1.171) y 21 de diciembre de 1972 (C.L. 1072, núm. 596), se limitan a mencionar la acción publiciana, sin tener que describirla, y rechazando su aplicabilidad al caso concreto.

Sentencias que admitiendo la vigencia de la acción publiciana, toman sus principios como fundamento directo del fallo.

Una de ellas, de 26 de octubre de 1931, era considerada por DE DIEGO LORA como fundamento insuficiente para que pudiese hablarse de una consagración jurisprudencial se habría debido más al peso histórico de los precedentes, que a su efectiva pervivencia.

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 1962 ( C.L. 1962, núm. 158), fallaba un pleito a favor de la parte actora con base en los principios de la acción publiciana, ejercitada por el demandante con base en los preceptos del Código civil relativos a la posesión, en forma subsidiaria a la acción reivindicatoria, marcando el momento a partir del cual, se hace forzoso reconocer la existencia de una doctrina legal favorable al reconocimiento de la acción publiciana.

El acogimiento de la acción publiciana como directo fundamento del fallo es algo indiscutible, aunque por otra parte, la sentencia de 20 de febrero de 1962 no aclara suficientemente los requisito exigibles en la acción publiciana, por lo que afectos de su consideración jurisprudencial reviste menos importancia que la de 26 de octubre de 1931, e incluso que otras que desestiman la pretensión actora basada en la acción publiciana.

El título, como requisito de la acción publiciana, presenta más problemas en su configuración jurisprudencial, aunque hay que partir de la base de que en ningún caso puede ser mayor la exigencia en materia de acción publiciana que la reflejada a la acción reivindicatoria.

En este sentido, han de ser interpretadas aquellas declaraciones jurisprudenciales sobre el carácter no indispensable de la presentación de título por el demandante en la acción publiciana, como la contenida en la sentencia de 21 de febrero de 1941, mencionar que el título puede provenir de la mera posesión, ya que de interpretarse como una total

exención de la presentación del título, ni tan siquiera inválido o de valor relativo, sería difícil configurar la propia buena fe del adquirente en que se basa la acción publiciana, y en consecuencia esta quedaría relegada a remedio procesal al alcance de simples poseedores de hecho.

En consecuencia son requisitos comunes de ambas acciones publiciana y reivindicatoria, la posesión o detentación de los demandados, la identificación de la finca reclamada por el demandado (causa de desestimación de acción publiciana en las sentencias de 24 de febrero de 1911, 21 de febrero de 1941 y 6 de marzo de 1954), así como la petición de nulidad del título del demandado y la cancelación de su caso del asiento registral a su favor, en los mismos supuestos es exigible en la acción reivindicatoria.

Otro elemento común a ambas acciones que se desprende de la sentencia de 28 de febrero de 1958, es la prescripción extintiva trentenal prevista en el artículo 1963 del Código civil para las acciones reales sobre bienes inmuebles.

En lo relativo a los efectos las diferencias entre ambas acciones son mínimas. En cuanto a la posesión de la cosa, sus frutos y accesiones y abono de gastos, es clara la identidad de ambas acciones, cuya diferencia radica en la declaración del dominio del actor, la cual sólo tiene lugar en la sentencia que culmina la acción reivindicatoria, pero nunca en la acción publiciana, en la que constituiría incongruencia con el *petitum* de la demanda, pues se pide en él tan sólo la declaración del mejor derecho a poseer.

En consecuencia, resulta lógico que el ejercicio de una acción publiciana sin éxito, no cierre el paso al posterior ejercicio de la reivindicatoria y a la inversa, tal como ocurrió en el pleito que puso fin a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1936 (RJA 1936, núm. 536), en la que también la acción publiciana fue desestimada por no haber logrado el demandante probar su mejor derecho.

Por el contrario tales limitaciones de los efectos de cosa juzgada, no tienen lugar cuando se ejercitan acumuladas las dos acciones, pueden ejercitarse sin invocar sus denominaciones específicas, habrá de detectarse en los fundamentos de Derecho de la demanda, según se invoque el artículo 348 del Código civil para fundar la acción reivindicatoria, o bien los preceptos reguladores de la posesión del mismo cuerpo legal, que fundamentarían la acción publiciana, tal como se deduce de la sentencia de 20 de febrero de 1962.

Tan sólo las sentencias de 21 de febrero de 1941 y de 6 de marzo de 1954, pueden suscitar la duda acerca de la acción publiciana o reivindicatoria de quien no fuese poseedor civil en el más estricto de los términos.

En cuanto a la viabilidad de la actuación de los principios de la acción publiciana a favor del poseedor actual, por vía de excepción, ésta es sin duda admisible, pero ha de tenerse en cuenta que la carga de la prueba en la acción reivindicatoria sólo se traslada al demandado después de una rigurosa prueba del dominio por el actor, por lo que las alegaciones del demandado en orden a su posesión titulada, se mezclaran con los hechos impeditivos y extintivos que puede aducir del derecho del actor.

## **CAPÍTULO IX: OPCION SOBRE LA PERVIVENCIA, CONCEPTUACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA ACCIÓN PUBLICIANA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL**

### **Cuestión acerca de la pervivencia de la acción publiciana.**

En España, la adecuada interpretación de nuestro derecho positivo, conduce a considerar que no existe una laguna, si que en Francia e Italia el ordenamiento jurídico divide las opiniones entre aquellos que creen que el Juez puede en aras de la equidad y de las exigencias de la práctica, colmar la laguna existente en cuanto a la tutela de la posesión de buena fe, y la de aquellos que niegan al intérprete tal facultad.

En el ordenamiento español, aun aceptando las tesis de BONFANTE y LAURENT que ven la admisión de la acción publiciana la consagración de un nuevo derecho subjetivo intermedio entre propiedad y posesión, no se puede cerrar el paso a tal posibilidad de pervivencia de la acción publiciana, toda vez que la ausencia del derecho subjetivo que tutela, no se puede predicar con absoluta certeza, pareciendo más bien que tal derecho sí que es acogido por nuestro Código civil, como lo fuera por nuestro Derecho histórico.

El criterio interpretativo del artículo 3.1 del Código civil, aplicado al párrafo 2º del artículo 430 del mismo texto legal, que inicia la regulación de la posesión y se refiere a la posesión civil y su concepto, contraponiéndola a la natural definida en el párrafo 1º, ha de tener como resultado el que no pueda ponerse en duda la consagración legal de la situación jurídica que faculta al poseedor para ejercitar la acción publiciana.

No será necesario proceder a integrar nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, a través del criterio interpretativo, del apartado 2º del artículo 3 del Código civil, referente a la equidad, ya que el derecho sustantivo de carácter relativo que se halla en la base de la acción publiciana, no está ausente de nuestros textos legales, y no es otro que la llamada posesión civil.

En cualquier caso, no puede ya afirmarse que la acción publiciana de considerarse viva, dé a su vez vida a un derecho sustantivo nuevo o inexistente en el Derecho civil español. Podrá decirse que es la acción publiciana como remedio procesal concreto, el que se halla ausente de nuestro ordenamiento, por lo que la laguna legal existiría en todo caso en el campo procesal y no el campo sustantivo.

La supervivencia legal del juicio plenario posesorio en el artículo 1658.3 de LEC de 1881 y en el artículo 445 del Código civil in fine, no puede tener otro sentido que el servir de apoyo textual a la acción publiciana, puesto que el plenario posesorio, susceptible de ser paralizado por la excepción de posesión titulada, no tiene sentido en su configuración histórica.

La duda acerca de que si la posesión civil está sometida a plazo de caducidad del artículo 460.4 del Código civil, de responder afirmativamente, llevaría a concluir que no es posible ningún tipo de actuación del antiguo poseedor frente al que haya poseído por más de un año.

En conclusión, parece claro que la regulación posesoria de nuestro Código civil no obstaculiza la existencia de un verdadero derecho a poseer, derecho de naturaleza real aunque no absoluto, con tutela petitoria que trascienda la concedida a toda posesión por el artículo 446 de este cuerpo legal.

Pero, aunque se considere superado el obstáculo inicial que el silencio sobre la acción publiciana podría suponer para su admisión en nuestro Derecho, no cabe duda de que este mismo silencio dificulta en gran manera la configuración de la acción publiciana con contornos suficientemente nítidos como para eludir los inconvenientes que en orden al mantenimiento del carácter absoluto podrían derivarse de la vaguedad en la admisión de un remedio procesal apto para la tutela del mejor derecho a poseer.

## **Inviabilidad de la prueba del dominio en acción reivindicatoria con base en presunciones judiciales.**

Hay que considerar que el fallo de un juzgador de instancia que declare el dominio como fundamento en presunciones *hominis*, sería siempre revisable en casación, pudiendo discurrir la impugnación de esta prueba por presunciones por los siguientes cauces procesales:

- a- Por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, deducido del documento auténtico que lo acredite, que pudiera consistir en un imperfecto título dominical, o en cualquier otro documento con simple valor indiciario.
- b- Por violación del artículo 1253 del Código civil, nunca en concepto de inaplicación, sino de aplicación indebida, o de interpretación errónea.
- c- Si la base fáctica de la *praesumptio hominis* es algún contrato al que indebidamente se atribuye virtualidad jurídica de título dominical, podía ampararse en el artículo 1692.1 de la LEC de 1881, para denunciar infracción de las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código civil, conducente a una interpretación ilógica del contrato por parte del juzgador de instancia.

En otro caso, si el artículo 1253 del Código civil no se ha aplicado, por apoyarse la sentencia recurrida en apreciación conjunta de la prueba, podría quedar burlada la posibilidad de control de legalidad del razonamiento judicial, pues la impugnación por los cauces apuntados difícilmente superaría la fase de admisión y menos aún llegar a producir la casación.

La prueba del dominio por presunciones *hominis*, continua siendo extraña a nuestro ordenamiento civil en materia de inmuebles, ya que, a lo sumo, y como apreciación conjunta de la prueba, sirve para perfilar la prescripción adquisitiva, en razón de lo cual, tratándose de prescripción adquisitiva consumada, en ningún caso podrá ser un eficaz sustitutivo de la acción publiciana en la protección del poseedor *in via usucapiendi*.

## **Configuración de la posesión protegida por la acción publiciana: el justo título.**

Ha de quedar claro que para que se pueda proceder a la comparación de los títulos de las partes y de las situaciones de los litigantes, comparación ésta que caracteriza el desenvolvimiento probatorio de la acción publiciana, el actor habrá de probar en todo caso su derecho, el cual, no siendo el dominio, habrá de consistir en una posesión ciertamente titulada, acompañada de buena fe, en este caso equivalente a la *opinio domini*, en el momento de su adquisición, aunque ello no haya de ser objeto de actividad probatoria, ya que se presume. No siendo así, el poseedor actual demandado triunfará aunque no tenga ningún derecho, no pudiendo ser obligado a exhibir su título, por lo que quedaría cerrada toda posibilidad de comparar su situación con la del demandante.

Además puede decirse que el artículo 448 del Código civil, no hace otra cosa que consagrar unos efectos de la posesión complementarios con los derivados de la tutela interdictal, y que se refieren como ésta a todo poseedor. Estas consecuencias de la posesión titulada dotada de buena fe, son la *usucapión* y la tutela petitoria *in vía usucapiendi* que suministra la acción publiciana.

La buena fe, como factor que cualifica una situación posesoria de superior en rango que la simple *possessio ad interdicta*, no plantea problemas doctrinales en cuanto a su conceptualización y alcance, en parte merced a la doble definición que de ella contiene nuestro Código civil en sus artículos 433 y 1950. Ambos preceptos, desde el distinto enfoque suponen una parte de la ignorancia de los vicios del propio título, y la creencia en la validez de la propia adquisición, haciendo referencia al título y en el segundo caso, a la doctrina de la adquisición del dominio conocido como teoría del título y modo.

Queda así reconducida la problemática de la configuración del derecho real que se halla en la base de la acción publiciana, a la cualidad del título, cuya exigencia es el *plus* que caracteriza esta situación frente a la *possessio ad interdicta*, y consiguientemente, define el *thema probandum* a cargo del actor en la acción publiciana.

Lo mismo cabe afirmar con respecto a la posesión cualificada, en la cual se basa la acción publiciana: el justo título ha de entenderse en el sentido del artículo 1952 del Código civil, al menos en principio, y además reducido al campo de los títulos adquisitivos del dominio, pues la acción “publiciana confesoria”, no es hoy más que un recuerdo histórico,

no cabiendo por lo tanto entender como incluida en la posesión cualificada a efectos de la acción publiciana, la posesión derivada de derechos reales distintos del dominio.

Este es el principal punto de contacto actual entre acción publiciana y usucapión ordinaria, e incluso en este aspecto, no es posible afirmar la completa coincidencia de ambas situaciones, puesto que no se puede excluir la conveniencia de admitir otros supuestos de posesión titulada, como aptos para fundamentar la acción.

Caso distinto es el que representa la adquisición en virtud de título anulable, que sólo puede transformarse en nulidad radical por declaración judicial de la misma, a instancias de la persona o personas que tomaron parte en el negocio y en cuya protección se establece tal anulabilidad.

En cuanto al título simulado, éste, no trasmite la posesión *ad usucapionem*, y ni siquiera la posesión en concepto de dueño, en el caso de simulación absoluta, por lo que el adquirente en virtud de un título de estas características, no puede intentar la recuperación de la posesión perdida por medio de la acción publiciana, siendo equiparable este supuesto al de inexistencia del negocio traslativo.

No ocurre lo mismo cuando se trata de simulación relativa de un título, el negocio simulado es inexistente, la posesión que se adquiriera en virtud del negocio subyacente que se quiso disimular, permite la prescripción adquisitiva del derecho que se haya pretendido transmitir y si el título fuese concretamente dominical, no habría inconveniente en admitir la posible recuperación de la posesión perdida por el adquirente a favor de un poseedor actual con menor derecho, a través de la acción publiciana.

Con respecto al título fiduciario, en concreto a la *fiducia cum creditore* la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado en varios pronunciamientos, como los de 3 de mayo de 1955 ( CL.1955, núm. 172), y 10 de noviembre de 1958 ( CL. 1958, núm. 657), que tal título no puede transmitir la posesión en concepto de dueño, ni servir de base para la prescripción de cualquier tipo. Igualmente, su proximidad con las relaciones meramente obligacionales, ha de conducir a descartar la posibilidad de que tal posesión puede ser reclamada a través de la acción publiciana en caso de pérdida.

Dentro de las adquisiciones a título gratuito, es preciso a su vez distinguir entre los negocios *inter vivos* y *mortis causa*, por el especial régimen de transmisión posesoria que para

los segundos consagra el artículo 440 del Código civil. Así es perfectamente aplicable esta normativa a efectos de continuidad en la posesión *ad usucapionem*, y en consecuencia la disponibilidad de la acción publiciana como medio de mayor duración temporal que el interdicto de adquirir.

Problema contiguo al del título *pro herede* es el referente al llamado “heredero aparente”, relacionado con este tema por la cuestión de la protección que el ordenamiento haya dispensar a los que adquieran de buena fe de un *possesor pro herede*. J. JORDANO BAREA<sup>79</sup>, considera a tal efecto suficiente la protección de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, aún reconociendo que tal protección se restringe a los bienes inmuebles que hayan accedido al Registro de la Propiedad.

La influencia del título gratuito, en caso de los negocios *inter vivos*, a efectos de la posibilidad de ejercitar la acción publiciana, puede decirse que es nula, pues cumplidos los requisitos de la teoría del título y el modo y salvo en los supuestos especiales de nulidad radical del negocio traslativo, la posesión se puede considerar transmitida derivativamente, con las consecuencias de que otros defectos del título sean obviados por la buena fe efectos del ejercicio de la acción publiciana y la recuperación de la posesión por el adquirente.

La propiedad declarada por sentencia firme, habrá de considerarse como título apto para reivindicar en concepto de propietario absoluto, aunque en principio, por su carácter declarativo y no constitutivo, tenga limitados sus efectos de cosa juzgada a las partes en litigio, en los términos del artículo 1252 del Código civil.

### **Supuesto de hecho de la acción publiciana, en el Derecho civil español.**

Podría comenzar a definirse el supuesto de hecho de la acción publiciana afirmando que se trata de aquellas situaciones jurídico-reales en las que no resulta posible la prueba absoluta del dominio necesaria para su tutela en acción reivindicatoria. Esta razón obliga al sujeto de tal relación jurídico-real a limitarse a la prueba de su posesión de buena fe perdida, en virtud de la cual puede desplazar a un poseedor actual de inferior derecho.

Una situación de estas características, puede tener su origen, bien en que el poseedor adquirió de buena fe de quien no era propietario, o en que no pueda probar el

---

<sup>79</sup> Vid. J.B. JORDANO BAREA, La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros, en Estudios DE CASTRO, II, págs. 45 y sigs, Madrid, 1976.



dominio de alguno de sus causantes si tal titulación imperfecta no resulta obviada por el transcurso del plazo requerido para usucapir, de diez o veinte años, según otras circunstancias, los bienes inmuebles, y sea cual sea la clase de título por virtud de la cual se hizo poseedor de buena fe de la cosa que reclama.

La adquisición a título oneroso tiene sólo la especialidad de que si se presenta acompañada de los restantes requisitos exigidos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria como condicionantes de la protección dispensada por la fe pública registral, modifica trascendentalmente los términos en que se plantea la cuestión, convirtiendo en absolutas las presunciones que favorecen al titular registral con la consecuente modificación de los aspectos probatorios y sustantivos de tal situación, que es una situación de propiedad absoluta.

En otro caso, no concurriendo todos los requisitos del citado artículo 34, el titular registral estará legitimado para el ejercicio de la acción reivindicatoria., puede resultare de utilidad el ejercicio subsidiario de la acción publiciana.

Surge así una limitación del ejercicio de la acción publiciana, que no puede triunfar frente a un titular registral protegido por la fe pública, al tiempo que resultaría superfluo se ejercicio subsidiario por éste en el caso de que hubiese perdido la posesión efectiva de la cosa.

Aunque la consideración de la protección de la posesión efectiva frente a la titularidad formal, no esté por completo ausente en la justificación de la acción publiciana<sup>80</sup>, ya que puede aportar soluciones en algunos conflictos de este tipo, no cabe entender la función de la acción publiciana como tendente a desvalorizar las titularidades reales con respecto a otros estados posesorios con menor relevancia jurídica, o incluso simplemente fácticos, sino que, por el contrario, su correcta consideración es la de un remedio procesal tendente a la protección del dominio imperfecto, bajo la forma de posesión de buena fe frente a estados posesorios de inferior rango, y nunca frente a titularidades de dominicales.

Hay que excluir como posible supuesto de hecho de la acción publiciana, toda pretensión de recuperación de una cosa en base a un estado posesorio anterior que no se presente cualificado como tendencialmente dominical, razón por la cual ha de descartarse

---

<sup>80</sup> Vid. En tal sentido. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, Estudios, cit, pág. 104.

en primer término cualquier posesión perdida que no lo hubiese sido en concepto de dueño.

La falta de derecho de propiedad en alguno de los causantes del actor, la circunstancia que aconseja el ejercicio de la acción publiciana como subsidiaria de la acción reivindicatoria.

La acción publiciana como subsistente en nuestro Derecho, no deba ponerse ninguna traba a la posibilidad de su ejercicio como subsidiaria de la acción reivindicatoria, resulta lógico desde el punto de vista del actor que ignora su verdadera condición, y también conforme a la buena fe, de la que en cierto modo es una consecuencia, sin que por otra parte pueda resultar de ello una desmesurada ampliación de la *causa petendi*.

Tampoco puede decirse que tal práctica desnaturalice la acción reivindicatoria contribuyendo a confundirla con una acción sobre el mejor derecho a poseer, ya que ambas acciones, son planteadas de forma alternativa y solamente después de desecheda la reivindicatoria por fracaso probatorio del actor, o por lograr el demandado la prueba de nulidad del título de aquél, entraría en juego la acción publiciana.

En consecuencia, procede catalogar como supuesto especial aunque en la práctica sea el más normal, el ejercicio acumulado de la acción publiciana y la reivindicatoria.

### **Aspectos procesales de la acción publiciana.**

En primer lugar, frente a las acciones posesorias sumarias, el carácter plenario de la acción publiciana, como juicio declarativo ordinario, hace innecesaria la búsqueda de otros criterios formales de diferenciación entre ambas categorías, ya que su única interrelación posible radica en que la acción publiciana puede suceder temporalmente a los procesos interdictales, cuyo papel en tal supuesto habrá sido el de fijar el papel procesal de los litigantes en subsiguiente juicio declarativo.

No plantea, problemas de diferenciación procesal de la acción publiciana con respecto a las acciones posesorias, ni siquiera en el caso del plenario posesorio.

La acción real de artículo 41 de la Ley Hipotecaria, procedimiento sumario que ocupa asimismo una posición intermedia entre los juicios posesorios sumarios y el juicio petitorio. Su diferencia respecto a la reivindicatoria, es su carácter sumario y en limitado

efecto de cosa juzgada de goza la sentencia recaída en este procedimiento sumario, ya que siempre queda reservado a las partes un posible juicio declarativo ordinario en el que quepan las alegaciones que no encuentren cauce adecuado en el procedimiento del citado artículo 41.

Las relaciones entre la acción publiciana y la reivindicatoria, cuya delimitación no es tanto materia procesal como sustantiva, ya que radica principalmente en la distribución de la carga de la prueba, y en el propio objeto de ésta.

En el hipotético ejercicio de las acciones publiciana y reivindicatoria acumuladas, la cuestión de la carga de la prueba sólo se presentará como algo peculiar de la acción publiciana, en el supuesto de que el actor no pruebe el dominio, quedando así confirmada la apreciación general de ROSEMBERG<sup>81</sup> en el sentido de que la teoría de la carga de la prueba no es otra cosa que el estudio de las consecuencias de la falta de prueba.

Así pues decirse que la falta de prueba en la acción reivindicatoria, de la propiedad del demandante, no desencadena por sí sola la cuestión acerca de un distinto reparto de la carga de la prueba que mediante su parcial traslación sobre el demandado permita la comparación de las respectivas situaciones de ambos litigantes con relación a la cosa cuya atribución se ventila.

La falta de prueba en el ordenamiento español viene directamente impuesta por el carácter absoluto del derecho de propiedad, consagrado por el Código civil y la doctrina jurisprudencial del artículo 348 y desde el punto de vista del demandado del artículo 448 del Código civil.

El citado artículo 448 impone al juez la desestimación de la pretensión de un derecho de propiedad que no se pruebe, descargando al poseedor demandado de la obligación de exhibir su título.

Supone, el artículo 448 del Código civil, una eficaz protección al poseedor frente a pretensiones petitorias insuficientemente fundadas, ya que cede solamente ante la prueba del derecho de propiedad.

---

<sup>81</sup> Vid. ROSEMBERG, Tratado de Derecho procesal civil, II, pág. 222, Buenos Aires, 1955.

La peculiaridad probatoria de la acción publiciana no consiste en la quiebra de antiguos aforismos procesales acerca de la incumbencia de la carga de la prueba sobre el actor, sino que presupone en primer lugar la afirmación de un derecho real no absoluto y por lo tanto, claudicante ante el dominio, afirmación de la que resulta una *thema probandum* a cargo de actor, diferente del que pesa sobre quien afirma su derecho de propiedad y que consiste en la alegación de la adquisición de la posesión de buena fe y con base en justo título.

En cuanto a la legitimación activa de esta acción, corresponde al poseedor titulado que haya perdido su posesión de buena fe, en cuanto la legitimación pasiva, corresponde al poseedor actual, al igual que en la reivindicatoria.

En cuanto a los efectos de la presentación de la demanda, serán idénticos a los de la acción reivindicatoria, debiendo ser precedida la acción publiciana de acto de conciliación, que marcará el momento de la interrupción civil de la posesión *ad usucapionem* del demandado, siempre que dentro de los dos meses siguientes a su celebración, se interponga la correspondiente demanda.

Otra posible pretensión basada en el mejor derecho a poseer, como pretensión meramente declarativa del mismo, se plantea a modo de reconvención frente a una acción petitoria, que puede enfrentarse el poseedor actual demandado en acción reivindicatoria o publiciana. Tampoco presenta el supuesto ninguna dificultad especial, ni exigencias probatorias diferentes a las que muestra el aspecto activo puramente de la acción, habiendo de incorporar asimismo la petición de nulidad del título del oponente<sup>82</sup>.

Más problemático resulta dilucidar si el mejor derecho a poseer, como posesión titulada de buena fe, puede fundamentar la tercería de dominio que obstaculice un procedimiento ejecutivo del que sea objeto un bien inmueble cuya posesión asimismo titulada figura en el patrimonio del ejecutado.

La exclusión del mejor derecho a poseer del ámbito de la tercería de dominio no se ha pronunciado expresamente, sino que ha de entenderse implícita en la no admisión de otra titularidad que la dominical como posible base del triunfo del tercerista, con la prueba absoluta por su parte del dominio que ello comporta.

---

<sup>82</sup> Vid. Información histórica y de Derecho vigente sobre la posesión titulada como excepción en R. NÚÑEZ LAGOS, RGLJ, 1953.

Por ello, puede decirse que la disposición, por el órgano ejecutor, de bienes que no pertenecen al ejecutado en pleno dominio, aunque fuese poseedor titulado de ellos, no transmite sino un derecho relativo, como cualquier otra disposición por quien no es propietario, existiendo una nulidad *ab initio* del embargo, que no permite que el poseedor de buena fe deduzca con éxito la tercería, pero deja a salvo su derecho para deducirlo contra quien y como corresponda, que en este caso sería mediante acción publiciana ejercida contra el adjudicatario del bien.

Existe una vacilación a que puede dar lugar la cuestión del posible ejercicio por el poseedor de buena fe titulado, de la acción negatoria, contra perturbaciones parciales en el normal disfrute de su derecho, provenientes de quien pretenda ostentar sobre el mismo bien, un derecho real limitativo del dominio.

El dominio del actor ha de ser probado únicamente a efectos de *legitimatio ad causam*, establecida la cual, en virtud de la presunción de libertad del dominio, incumbe al demandado la prueba de gravamen cuya existencia o inexistencia es el principal objeto de la litis.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, exige la prueba del dominio del actor en acción negatoria, pero haciéndolo sólo a efectos de establecer su *legitimatio ad causam*.

Ello desemboca en un extraordinario paralelismo entre la acción publiciana y la negatoria, ambas sin apoyo textual explícito, pero consagradas por la jurisprudencia, toda vez que también la acción negatoria permite al poseedor de buena fe la defensa de su posesión mediante el recurso al examen del título del poseedor demandado, o del demandado no poseedor, consistiendo la principal diferencia entre ambas en la legitimación pasiva que viene dada en el caso de la negatoria por la peculiaridad del título del demandado, que no puede ser título dominical.

No siendo la oposición del demandado planteada como simple excepción de falta de legitimación activa, alegue por vía de reconvenición un título dominical o un mejor título que el actor, en cuyo caso, la cuestión de fondo y el desarrollo procesal ulterior, podrían convertirla en una verdadera acción publiciana.

## CONCLUSIONES

De la evolución histórica de la acción publiciana, se puede decir que su función originaria fue la protección de la *bonae fidei possessio*, entendida como la forma bajo la que aparece la propiedad relativa en los períodos preclásicos y clásico del Derecho romano, asumiendo también la acción publiciana como acción ficticia de creación pretoria, la función general de adaptar el rígido ordenamiento romano arcaico a las nuevas realidades, en cuanto elemento principal de la propiedad bonitaria que se presenta como propiedad absoluta adquirida y transmitida por cauces distintos de los previstos para el *dominium ex iure quiritium*.

La acción Publiciana viene a reemplazar a la antigua *vindicatio* como cauce procesal apto para la comparación de las titulaciones del actor y demandado que permite, la resolución del litigio con base en el comparativo mejor derecho a poseer.

La acción Publiciana pierde, en el tránsito del período clásico a la compilación justiniana, el carácter de acción ficticia que no encaja ya en la reglamentación procesal conocida como *cognitio extra ordinem*. Paralelamente, las vicisitudes que sufre el rigor probatorio del dominio en las sucesivas regulaciones de CONSTANTINO y de ARCADIO, incorporándose esta última al título *De probationibus del Codex* justiniano, hacen dudosa la pervivencia práctica de la acción Publiciana, sentando las bases de una discusión doctrinal que se prolonga hasta nuestros días.

La compilación y las *Institutiones* de JUSTINIANO va ser donde se hallen la base de la reaparición de la *actio Publiciana* en la tradición europea por obra de los juristas medievales, lo cual puede predicarse igualmente de la *probatio diabolica* de creación medieval, y del propio concepto absoluto del dominio que reaparece, los cuales constituyen el reverso de la acción Publiciana.

La acción publiciana resurge en la Recepción, apareciendo en cierta medida confundida con la *rei vindicatio utilis* al presentarse como remedio procesal de un variado conjunto de situaciones que van agruparse en principio bajo la denominación de *quasi dominium* dentro de la cual se halla no sólo la *bonae fidei possessio*, sino también algunas situaciones producto de la partición del derecho de propiedad, que más tarde van constituir el *dominium utile* de la clasificación de BARTOLO.

Tal evolución que culmina en la obra de BARTOLO, alcanza con ella la máxima difusión, convirtiéndose en *communis opinio* en el Derecho común, lo que supone una opción que relega definitivamente la alternativa de la admisión de la prueba del dominio por presunciones dentro de la *rei vindicatio*, consagrando una acción independiente en la acción publiciana, así como un derecho subjetivo subyacente diferenciado del *dominium* oponible *erga omnes*.

Frente a la opción favorable a la conservación de la acción publiciana como acción independiente de la acción reivindicatoria, la cual se ha visto como dominante en el Derecho común, no resulta obstáculo la consagración del libelo alternativo de acción petitoria en el que se pide la restitución de la cosa *iure domini vel quasi*, triunfante ya en la práctica jurídica medieval pese a los reparos de algunos glosadores, ya que la demanda redactada en tales términos discrimina perfectamente las razones de pedir que en ella se acumulan, sin que, en consecuencia, pueda determinar la indefensión del demandado.

El doble libelo *iure domini vel quasi*, no tiene reflejo como tal en nuestro Derecho histórico, pero fue acogido en la práctica jurídica, ya que a él pueden entenderse referidas las observaciones de GREGORIO LÓPEZ en torno a la *generalis petitio*, cuya utilización se ve favorecida por la amplitud con que el Derecho histórico español admite la acumulación de acciones, así como por la innecesidad de dar precisa denominación a las acciones que se ejercitan.

La protección por vía de excepción que se dispensa a la posesión titulada por más de año y día, aparece como vestigio de la posesión de año y día con origen en el Derecho francés de la alta Edad Media, adquiriendo posteriormente los tintes de una protección propia exclusivamente de la posesión civil, la cual, por esta vía, resulta excluida no sólo del ámbito de los juicios posesorios sumarios, sino también del juicio plenario posesorio.

La evolución de la acción publiciana en el Derecho histórico español, apunta hacia la consagración de un derecho real intermedio entre propiedad y posesión, derecho que recibirá el nombre de posesión civil.

La lenta gestación de este concepto jurídico, culmina en la doctrina civilista de siglo XIX previa a la codificación civil, en la cual es ya apreciable la total identificación entre posesión civil y posesión titulada de buena fe, entre cuasidominio y *ius possessionis*, como

denominaciones del derecho subjetivo que se halla en la base del ejercicio de la acción publiciana.

La protección procesal del mejor derecho a poseer o de la propiedad relativa, adopta en los distintos ordenamientos formas muy diferenciadas.

Esta diferenciación es consecuencia de la introducción de nuevos elementos que afectan al problema durante la etapa codificadora del Derecho de los distintos Estados, e incluso con anterioridad.

Aparece como radicalmente innovador en el panorama del Derecho comparado, el ordenamiento alemán cuyo sistema registral de inscripción constitutiva, hace desaparecer el supuesto fáctico de la propiedad relativa del ámbito de los bienes inmuebles, en tanto que consagra una reivindicación mobiliaria basada en la posesión anterior del bien, que ofrece un aspecto muy semejante a la acción publiciana.

Muy diferente y casi opuesta, es la solución por la doctrina jurisprudencial francesa, la cual partiendo de unos presupuestos jurídico-positivos diferentes en muchos aspectos, y aunque pretende guardar el mayor respeto a la noción absoluta del dominio que campea en el Code civil, llega admitir, con base en la equidad y en las necesidades de la práctica, la prueba del dominio en la acción reivindicatoria con apoyo en presunciones judiciales que parten a veces de la mera posesión.

Con base jurídico-positiva muy semejante, la jurisprudencia italiana alcanza en ocasiones el mismo nivel relativizador del dominio, partiendo de una concepción en la que la acción reivindicatoria no tiende principalmente a la declaración del derecho de propiedad del actor, sino más bien a lograr la restitución de la cosa litigiosa, no produciendo la sentencia restitutoria, efectos de cosa juzgada en cuanto al dominio del actor.

Otro grupo de ordenamientos, entre los que cabe citar el austriaco y el Código civil costarricense de 1888, recogen acciones reales distintas e independientes de la acción reivindicatoria al tiempo que de los juicios sumarios posesorios, de gran semejanza con la acción publiciana, y que como ella, equivalen a la consagración legal de un derecho subjetivo intermedio entre la propiedad y la posesión, que puede hacer compatible la vigencia de un concepto absoluto del dominio, con la existencia de soluciones de equidad, sin que, como contrapartida, resulte dañada la preponderancia de la titulación dominical.



La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, sin nombrar a la acción publiciana, ni al juicio plenario posesorio expresamente, no cabe duda de que tiene en cuenta ambos procesos en los preceptos que hacen referencia a la reserva de acciones plenarias a los litigantes en juicios sumarios, y especialmente en su artículo 1658.3.

Por ello, sólo como referencia al plenario posesorio y a la acción publiciana, cabe entender estos preceptos en el momento de su publicación, aunque el entonces vigente plenario posesorio, era susceptible de ser paralizada por la excepción de posesión titulada por más de año y día.

Tras la publicación del Código civil y la desaparición práctica del plenario posesorio, la acción publiciana asume también la función de permitir la comparación de posesiones tituladas aún en el caso de que el demandado no sea poseedor de año y día, con la que la referencia de la LEC de 1881, sólo puede considerarse alusiva a la acción publiciana, equivalente al viejo plenario posesorio.

Las modificaciones introducidas en el campo de los derechos reales por la legislación hipotecaria del siglo XIX tienen gran importancia, remodelan las relaciones entre posesión y propiedad sobre bienes inmuebles inscritos, al tiempo que suponen una profunda variación en los aspectos probatorios del dominio. Posteriormente, la Ley Hipotecaria de 1909, a través del llamado principio de legitimación registral, no puede decirse por diversas razones que ello ponga fin a la existencia de una propiedad meramente relativa, sino que, por el contrario tal variante de la propiedad puede subsistir, tanto fuera del Registro de la Propiedad, como dentro de él.

Aunque la legislación hipotecario y catastral y de concentración parcelaria, sea a la defensa de las titularidades dominicales, no cabe duda de que, no alcanzándose el nivel de rigor que acompañaría al carácter constitutivo de la inscripción del dominio, puede afirmarse por una parte que resta en nuestro Derecho un importante papel legitimador a cargo de la posesión de inmuebles y por otra parte, que las titularidades dominicales imperfectas, incorporadas o no al Registro de la Propiedad, pueden ser amparadas por la acción publiciana, aunque se hallen en principio en contradicción con asiento registral.

Es dudoso que la titularidad registral pueda requerir el amparo de la acción publiciana, ya que las presunciones del los artículo 35 y 38 de la Ley Hipotecaria no

detienen sus efectos *in limine litis*, sino que actúan como prueba del dominio en la acción reivindicatoria.

También se halla presente la acción publiciana en el Código civil español, aunque de forma implícita, en su doble aspecto sustantivo y procesal. En el aspecto sustantivo, el artículo 430, con la posesión de buena fe, cuyos efectos tan sólo se regulan con detalle en cuanto son determinantes en la liquidación de los estados posesorios.

Desde el punto de vista procesal, nuestro Código civil reproduce las referencias contenidas en la LEC, a un proceso intermedio entre los posesorios y la acción reivindicatoria, en el artículo 445 y también de modo indirecto en el artículo 1947.

La consagración de la vigencia de la acción publiciana por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, resulta incontrovertible, por que al menos dos de sus fallos, las sentencias de 26 de octubre de 1931 y de 20 de febrero de 1962, recogen pretensiones de parte actora en orden a la restitución de bienes inmuebles, fundadas en el mejor derecho a poseer.

Los mencionados fallos, junto con otros desestimados de idénticas pretensiones, configuran la acción publiciana como acción diferenciada e independiente de la acción reivindicatoria, aunque ejercitable conjuntamente con ésta.

Frente a esta corriente jurisprudencial dominante carece valor aquella otra que apunta en las sentencias de 21 de febrero de 1941 y de 6 de marzo de 1954, la cual parece propugnar la fusión de ambas acciones reivindicatoria y publiciana, con apoyo común en el artículo 348 del Código civil.

Por ello, en aras de la conservación de la máxima nitidez en la línea divisoria entre la mera posesión y el dominio, y dado su mayor arraigo histórico y fundamento jurídico-positivo en el ordenamiento español, hay que decir que la acción publiciana debe considerarse subsistente, configurada como acción independiente de la acción reivindicatoria, de conformidad con el concepto que de ella mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y con la opinión unánime de la doctrina posterior a la codificación.

El supuesto de hecho de la acción publiciana es el conflicto que puede plantearse, o bien entre una posesión titulada de buena fe y una mera detentación, o bien entre dos posesiones tituladas.

La delimitación del tipo de posesión civil que legitima para el ejercicio de la acción publiciana, como acción o como excepción, no plantea problema en lo que se refiere al elemento de la buena fe, la cual, lógicamente sólo puede exigirse en el omento de la adquisición, sin que por ser presunta requiera actividad probatoria del actor. Esta particularidad separa el concepto de acción publiciana del concepto de posesión titulada apta para usucapión ordinaria en los términos del artículo 435 del Código civil.

Pese a ello, resulta imprescindible el recurso al concepto del título apto para la usucapión, a los efectos de delimitar la posesión cualificada legitimadora para el ejercicio de la acción publiciana, ya que no existe elaboración doctrinal y jurisprudencial específica sobre la titulación del poseedor civil, que sin identificarse con la titulación apta para la usucapión ordinaria y aún teniendo un muy distinto fundamento.

Las conclusiones acerca de la configuración de la acción publiciana en el Derecho español vigente, llevan aparejadas a la hora de determinar la necesidad de este remedio, ciertas afirmaciones sobre la configuración de la acción reivindicatoria, que pueden cifrarse en la consideración general de la persistencia de un cierto grado de rigor probatorio, que viene impuesto por la siguientes notas de la acción reivindicatoria:

- La acción reivindicatoria tiende a la declaración del dominio del actor, principalmente y consecuentemente, a la restitución.
- Incumbe al actor la afirmación y la prueba del derecho de propiedad como derecho absoluto, sin que la cualificación de la posesión del demandado pueda influir en el nivel probatorio exigible al actor.
- No asiste al actor ninguna presunción basada en su posesión anterior, pues la presunción de posesión titulada contenida en el artículo 448 del Código civil, favorece únicamente al poseedor actual.
- El carácter absoluto del derecho que ha de probar el actor cierra el paso a la aplicación de *praesumptiones hominis* por los Tribunales, pues tales presunciones carecerían de virtualidad para inferir la existencia del dominio en quien sólo pruebe posesión, aún titulada, ya que de lo contrario quebraría la exigencia de “enlace preciso y directo” que establece el artículo 1253 del Código civil.

En consecuencia, la acción reivindicatoria no es un remedio apto para la tutela del mejor derecho a poseer, razón por la cual hay que concluir, que esta situación jurídica se halla necesitada de un remedio específico que, como la acción publiciana, permita su puesta en valor en juicio declarativo ordinario.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALBALADEJO, M.: *Instituciones de Derecho civil*, t. III, Barcelona, 1977.

- BALDO DE PERUSIO: *Opus aurem super feudis*, Lugduni, 1520.
- BARTOLO: *In secundam Digesti veteris commentaria*, Venetiis, 1587. *In secundam novi partem*, Venetiis, 1585.
- BONFANTE, P.: *Corso de diritto romano*, Roma, 1928.
- CÁMARA, M. DE LA: *La adquisición a non domino de bienes muebles*, Madrid, 1982.
- CANNATA, C.A.: *Possessio, possessor, possidere, nelle fonti giuridiche del Basso Impero*, Milán, 1961.
- CICERO, M.T.: *Orationes*, Collection des Universités de France, París, 1967.
- CUESTA SAENZ, J.M.: *La acción publiciana*, Madrid, 1984.
- DIEGO LORA, C. DE: *La posesión y los procesos posesorios*, Madrid, 1962.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. II, Madrid, 1975.
- Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, Madrid, 1978.
- DIOSDI, G.: *Ownership in ancient and preclassical roman law*, Budapest, 1970.
- DORAL, J.A.: *Domio y posesión*, en *Documentación jurídica*, 1977.
- FEENSTRA, R.: *Action publicienne et preuve de la propriété*, en *Mélanges Meylan*, I, Lausanne 1963, y ahora en *Fataiuris romani*, Leyden, 1974.
- GARCÍA VALDECASAS, G.: *La acción publiciana en el Derecho vigente*, en *ADC I*, 1948.
- GERMANO, A.: *Usucapione speciale per la piccola proprietà rurale*, RDA, 1976.
- GÓMEZ, A.: *Commentarium absolutissimum ad Leges Tauri*, Lugduni, 1744.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: *La posesión*, Madrid, 1980.
- JORDANO BAREA, J.B.: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en *Estudios homenaje a F. DE CASTRO*, t. II, Madrid, 1976.
- KASER, M.: *Eigentum und Besitz in das älteren römisches Recht*, Gottingen, 1943.

-*Römische Privat Recht*, tt. I y II, München, 1955.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Contribución a una pedagogía de la posesión*, en *Estudios homenaje a F. DE CASTRO*, t. II, Madrid, 1976.

-*Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1, Barcelona, 1971.

LASSO Y GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española*, t. IV, vol. 1. Madrid, 1979.

LETE DEL RIO, J.M.: *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975.

LEVY, Emmanuel.: *Preuve de la propriété par titre*, París, 1896.

LEVY, Ernest.: *West roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia, 1951.

MANRESA NAVARRO, J.: *Comentario al Código civil*, t. IV, Madrid, 1904.

MARÍN PÉREZ, A.: *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. VI, Madrid, 1980.

MEYNIAL, E.: *Notes sur la formation de la théorie du domain divisé*, Mélanges FITTING, t. II, Montpellier, 1908.

MOLINA GARCÍA, A.: *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975.

MONTES PENADÉS, V.L.: *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980.

MORALES MORENO, A.M.: *La inscripción y el justo título de la usucapión*, en ADC, 1971.

MORATO, D. DE: *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, Valladolid, 1868.

MOZOS, J.L. DE LOS: *El derecho de superficie en general y en los planes urbanísticos en particular*, Madrid, 1974.

-*Humanismo y mos gallicus en la escuela de Salamanca*, en *Metodología y ciencia...*

-*Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962.

NÚÑEZ LAGOS, R.: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, en RGLJ, 1953.

-*Dos acciones y un solo artículo*, en *Revista de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, I y II, 1951.

OLIVER Y ESTELLER, B.: *Derecho inmobiliario español*, I, Madrid, 1892.

POTHIER, R.J.: *Traité du domain de propriété*, en *Euvres de POTHIER*, París, 1846.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, T. III, vol. 1º, Barcelona, 1978.

RAVANIS, J.: *Lectura super Codice*, ed, anastática, Turín, 1967.

ROCA SASTRE, R.: *Derecho Hipotecario*, tt. I y II, Barcelona, 1979.

ROFFREDO BENEVENTANO: *Libelli iuris civilis*, en *Corpus Glossatorum iuris civilis*, t. VI, Turín, 1968.

TALASSANO, F.: *Sulla prova della proprietà*, en RDC, 1920.

TRAVIESAS, M.M.: *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad*, RDP, 1920.

TRIGEAUD, J.M.: *La posesión des biens immobiliers*, París, 1981.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *La buena fe, la inscripción y la posesión*, en *la mecánica de la fe pública*, en RDP, 1957. *Concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble*, en RGLJ, 1947, 6.

VOCI, P.: *Modi di acquisto della proprietà*, Milán, 1952.

WATSON, A.: *Law of property in the later roman Republic*, Oxford, 1968.

WUBBE, F.B.J.: *Die interesenlange bei traditio und usucapio*, en TR 32, 1964.