

# La acción publiciana en nuestro derecho vigente

GUILLERMO G. VALDECASAS  
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. La "Publiciana in rem actio".—II. La controversia acerca de la admisibilidad de la publiciana en el Derecho moderno.—III. El planteamiento de la cuestión en el Derecho español vigente. 1) La legislación. 2) Utilidad de la publiciana. 3) La publiciana y la acción reivindicatoria. 4) La publiciana y la Jurisprudencia.

## I. LA "PUBLICIANA IN REM ACTIO"

Como es sabido, la acción publiciana (*publiciana in rem actio*) (1) es una acción pretoria, creada a fines de la República por un pretor, tal vez llamado Publicio, con objeto de proteger al poseedor de buena fe que se halla en vías de usucapir (*possessor ac usucapionem*). Tenía carácter reivindicatorio y se basaba en la ficción de que el poseedor que reunía los demás requisitos necesarios para la usucapición (*res ha-*

---

(1) Para la historia de la Publiciana, vid: OBROCK: *De publiciana in rem actione*, 1843; GIMMERTHAL: *Die publicianische Klage und die mancipatio*, Bremen, 1872; SCHULING: *Über einige Anwendungsfälle der pub. i. r. a.*, Marburgo, 1873; HUSCHKES: *Das Recht der publicianischen Klage*, Stuttgart, 1874; LANERY D'ARC: *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*; 2 vol., París, 1889-90; ERMANN: *Beiträge zur Pub.* (*Zitschrift der S. stf. für R. G.*, vol. II, 1899); *La publicienne et les revendications utiles* (*Rev. Gen. du Droit*, 1892); CARUSI: *L'Azione publiciana*, Roma, 1889; BREZZO: *Reivindicatio utilis*, Turin, 1889; LENEL: *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts*, Stuttgart, 1878; *Edictum perpetuum*, § 60; PEROZZI: *L'editto publiciano* (*Bull. dell'Ist. di D. r.*, VII, 1894); PACCHIONI: *Una nuova ricostruzione dell'editto publiciano* (*Bull. dell'Ist. di D. r.*, IX, 1896); BONFANTE: *Sull cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione "in bonis habere"* (*Scritti giuridici varii* II, Turin, 1918, pág. 371 y sig.

*bilis, titulus, fides*) había cumplido el tiempo prescrito. Gracias a ella, el usucapiente, aun antes de ser verdadero propietario, se ve asistido de una acción que le permite recobrar la posesión perdida frente a cualquier poseedor de condición inferior.

La protección de la acción publiciana alcanza tanto al adquirente cuyo título de adquisición adolece de vicios formales que impiden la transmisión de la propiedad civil (*dominium ex iure quiritium*) como al adquirente que trae causa de un no propietario (*a non domino*) (2). Pero la intensidad de la protección no es la misma en uno y otro supuesto:

En el primero, la defensa es tan fuerte que el propietario civil queda impotente ante ella. De hecho, el adquirente es propietario, aunque para serlo formalmente le falta la sanción del *Ius civile*. Esta situación se expresa diciendo que la cosa ha ingresado en el patrimonio (*in bonis esse*), de donde la doctrina deriva la expresión *dominio bonitario*. El caso típico es el del poseedor que ha recibido la *res mancipi* mediante *traditio* hecha por el propietario (*a domino*) en base a una *iusta causa*; aunque no ha adquirido la propiedad civil, por no haberse utilizado las formas solemnes de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, puede ejercitar con éxito la publiciana contra el dueño, pues la *exceptio dominii* que éste le opusiera, sería eliminada con la *replicatio rei venditae et traditae* o simplemente la *replicatio doli* (si la causa de la adquisición no era la compra) (3). Así, pues, en este caso, la publiciana otorga una protección absoluta, de modo que el poseedor adquirente *ex iusta causa* y *a domino* viene a ser, en sustancia, un verdadero propietario.

En el segundo supuesto, es decir, cuando el poseedor no trae causa del *dominus*, éste puede paralizar la publiciana con la *exceptio iusti dominii*, quedando reducida la eficacia de aquélla, que sólo prospera frente a los terceros adquirentes de peor condición. En consecuencia, si el demandado es un poseedor de buena fe en vías de usucapir, siendo iguales todos los requisitos de una y otra parte, vence el poseedor actual (4). Sin embargo, si el actor y el demandado adquirieron la cosa de la misma persona, vence aquel de los dos que primero obtuvo la tradición.

En Derecho justiniano, desaparecida la distinción entre dominio quiritario y dominio bonitario, la publiciana se adapta exclusivamente a la protección de la *possessio bonae fidei*. Por otra parte, Justiniano

(2) Cfr. RABEL: *Grundzüge des römischen Privatrechts*, en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, de HOLTZENDORFF, I, 1913, § 45, pág. 446.

(3) Contra la reivindicación del enajenante, el adquirente se halla protegido por la "exceptio rei venditae et traditae" y por la "exceptio doli".

(4) Sin embargo, en Derecho clásico, si uno de los dos ha obtenido la tradición del verdadero "dominus", merece, en cuanto titular del dominio bonitario, la preferencia sobre el otro, que es simplemente poseedor de buena fe (*Nerat...*, D. 19 1, 31, 2). Vid. BONFANTE: *Corso di D. romano*, vol. II, 1928, pág. 338.

la extiende en función de la confesoria útil al usufructo y a las servidumbres constituídas de buena fe.

Tal como se halla regulada la acción publiciana, en Derecho justiniano, su ejercicio presupone los siguientes requisitos:

a) Un justo título de adquisición; bastando, según la opinión más probable, un título putativo (5).

b) Haber adquirido la posesión y haberla perdido posteriormente. En ciertos casos, sin embargo, se concede a quien no ha estado jamás en posesión de la cosa. La posesión—dice Windscheid (6)—sólo se requiere en cuanto su obtención es parte constitutiva del hecho adquisitivo invocado.

c) Buena fe al tiempo de la compraventa y de la adquisición de la posesión. En títulos de otra especie, basta la buena fe al tiempo de adquirir la posesión (7).

d) Cosa hábil para la usucapión.

En resumen, la publiciana es la acción que protege a la posesión de buena fe apta para la usucapión. Privado de la reivindicatoria, el poseedor en vías de usucapir sólo podría utilizar la defensa limitadísima de los interdictos. Pero el interdicto, en su función recuperatoria, no se daba más que a causa de despojo violento o clandestino, y sólo contra el autor del mismo. En los casos de despojo no cualificado o cuando, siendo el despojo violento, o clandestino, la cosa ha pasado a manos de un tercero, el despojado no puede recobrar la posesión (7 bis). La publiciana, en cambio, permite al poseedor de buena fe entrar de nuevo en el goce de la cosa de la que había sido privado *por cualquier causa* (8); y esto frente a cualquiera, con tal que sea, según hemos visto, poseedor de peor condición. Fúndase, de este modo, un verdadero derecho real—el llamado *derecho publiciano* (9)—análogo a la propiedad, del que, no obstante, se diferencia radicalmente en cuanto su eficacia es sólo relativa, es decir, frente al poseedor sin título o con título inferior.

Creáda la publiciana para personas que en otro caso sólo dispondrían de los interdictos, su uso se extiende a los propietarios, a pesar de hallarse defendidos por la acción reivindicatoria. Y es que, ejercitando la publiciana, el propietario no necesita probar más que la posesión de buena fe y con justo título, por lo que, frente a quien no pueda alegar un derecho preferente, le es más cómodo el empleo de la publi-

(5) Cfr. HUSCHKE, op. cit., pág. 56; BRINZ: *Pandekten*, 2.<sup>a</sup> ed., I pág. 719 y sig.; contra GIMMERTHAL, op. cit., pág. 97.

(6) *Pandette*, trad. FADDA y BENSÁ, § 199, pág. 239

(7) Vid. DERNBURG: *Pandette*, trad. CICALA, vol. I, parte 2.<sup>a</sup>, *Diritti reali*, 1907, pág. 237.

(7 bis) Vid. nuestro trabajo *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año*. (R. D. P., 1946, pág. 340 y sig.)

(8) Cfr. BONFANTE, op. cit., pág. 315.

(9) Vid. DERNBURG, op. cit., § 194, pág. 91.

ciana que no el de la reivindicatoria con su difícil prueba de la propiedad (la *probatio diabólica*) y sus trámites formalistas y rigurosos.

He aquí cómo, una institución nacida para proteger a quienes todavía no eran propietarios, provoca, de rechazo, una mayor protección de la propiedad. En la mayoría de los casos, al propietario le bastará con el ejercicio de la publiciana, quedando exento de probar, de modo irrefutable, la propiedad.

La acción publiciana, con la función que tenía en Derecho justiniano, esto es, tutelar la posesión con justo título y buena fe, se conserva en el Derecho medieval y en el Derecho común hasta la aparición de los Códigos modernos. Su uso más frecuente debíase a los propietarios, que solían acumularla a la reivindicatoria como acción subsidiaria. Esto, unido a la desaparición de los nombres de las acciones y a la mitigación del rigor del Derecho romano en la prueba del dominio, habría de inducir más tarde a algunos autores a pensar que la reivindicatoria y la publiciana se habían confundido en una sola acción.

## II. LA CONTROVERSIA ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PUBLICIANA EN EL DERECHO MODERNO

La existencia de la acción publiciana en el Derecho moderno es objeto de controversia, principalmente en las doctrinas francesa e italiana, debido al silencio que, tanto el Código francés como el italiano, guardan acerca de ella.

No ofrece dudas, en cambio, su inexistencia en el Derecho alemán. El B. G. B. (§ 1.007) la ha sustituido, en cuanto a los bienes muebles, por la pretensión derivada de la posesión anterior de cosas muebles, en virtud de la cual la persona que haya adquirido de buena fe la posesión y después la haya perdido involuntariamente, puede exigir la devolución del poseedor actual si éste la adquirió de mala fe o se le extravió a él mismo. Concédese no sólo al poseedor en concepto de dueño, sino también al arrendatario, depositario, comodatario, etc., y no requiere justo título. Esta acción, que, como dice Rabel (10), desempeña en la economía de la ley una función semejante a la publiciana, no deriva, históricamente, de la *actio publiciana* del Derecho romano, sino de la acción del Derecho germánico basada en una *Gewere* corporal más antigua o presente e ideal (11).

En Derecho francés, a pesar del silencio del Código de Napoleón, la generalidad de los autores se muestra favorable a la admisión de la

(10) Op. cit., § 45, pág. 447.

(11) WOLFF: *Derecho de cosas*. Trad. PÉREZ y ALGUER, § 23, pág. 115, nota 1. Cfr. GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, II, 1905, § 113, págs. 204 y 206; § 138, página 597.

acción publiciana. Así, Troplong (12), Durantón (13), Delvincourt (14), Merlin (15), Demolombe (16). Como fundamento de ella se invoca la equidad, la cual, como dice Pothier (17), inspirador de los autores del *Code*, "quiere que aquel que era justo poseedor de una cosa y que aunque todavía no era propietario estaba próximo a serlo, sea preferido para recobrarla, caso de haber perdido la posesión, a un usurpador que se ha posesionado de ella injustamente". También se busca apoyo en el concepto de la posesión como presunción de propiedad.

Otro grupo de autores, que encabezan Aubry y Rau, admiten la publiciana, pero no como acción independiente, sino como acción refundida en la reivindicatoria.

Desde el punto de vista de su interés práctico, afirman Aubry y Rau (18), la controversia se reduce a una simple cuestión de prueba, a saber: cuáles sean, en determinadas circunstancias y en vista de la posición del demandado, las justificaciones que ha de hacer el demandante de reivindicación. Ahora bien, dada la dificultad de probar irrefutablemente la propiedad, hay que admitir por razones prácticas, como también de equidad, que al reivindicante le basta con probar un *derecho mejor o más probable* que el del demandado. Este principio de protección al mejor derecho era fundamental en la acción publiciana y es lo que de ella debe ser recogido por el Derecho moderno. La admisión de la publiciana, en su forma romana pura, es imposible en el Derecho vigente, que, a diferencia del romano, reconoce al poseedor de mala fe la posibilidad de usucapir y que concede al poseedor de más de un año despojado la acción de "complainte" para recobrar la posesión, por lo que, en este aspecto, la publiciana no ofrecería hoy la utilidad que en Derecho romano, en el cual el *uti possidetis* sólo protegía al poseedor actual y no al que había dejado de poseer (19).

Siguen la doctrina de Aubry y Rau, en lo fundamental, Colin y Capitant (20), los cuales advierten ciertas analogías entre la acción publiciana del Derecho romano y el sistema de prueba de la propiedad establecido por la jurisprudencia francesa (20 bis). Si comparamos este sistema con la acción publiciana, fácilmente se advierte que, junto a ciertas analogías (buena fe en el actor, no necesidad de probar el do-

(12) *De la vente*, I, París, 1834, n. 235.

(13) *Cours de Droit français suivant le Code civil*, París, 1825, vol. IV, n. 233.

(14) *Cours de Code civil*, 1824, vol. VI, n. 21.

(15) *Repertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, 4.ª ed., 1812-27. Vid. *Revendication*, § 14, n. 3.

(16) *Cours de Code Napoleon*, IX, n. 481.

(17) *De la propriété*, n. 292.

(18) *Cours de Droit civil français*, 4.ª ed., II, París, 1869, § 219, pág. 390 y sig.

(19) Página 392, nota 6. Cfr. *La posesión incorporal del despojado...*, op. citada, págs. 340 y 415.

(20) *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., t. II, vol. II, pág. 1188 y sig.

(20 bis) Las reglas que en esta materia ha introducido la Jurisprudencia francesa se pueden reducir a tres supuestos:

minio, peor condición del demandado), destacan radicales diferencias, pues mientras la publiciana presupone como requisito esencial un justo título, la jurisprudencia francesa prescinde de él, en ciertos casos, y llega incluso a considerar suficiente, para el éxito de la acción, una simple posesión anterior. Por eso afirman Colin y Capitant que dicha jurisprudencia no puede ser explicada por la supervivencia de la acción publiciana. Admitiendo en lo sustancial la doctrina de Aubry y Rau, hay que modificar la fórmula del *mejor derecho* en el sentido de que la prueba del reivindicante no se dirige a demostrar la existencia de un derecho mejor o más probable—objeto de la prueba es el hecho de donde nace el derecho—, sino a aportar *presunciones o probabilidades mejores* que las que se deducen del hecho de la posesión del demandado.

También en Italia la doctrina de Aubry y Rau es aceptada por muchos autores. Pacifici-Mazzoni (21) estima que una prueba rigurosa de la propiedad difícilmente se concilia con las exigencias prácticas y señala cómo, “según el espíritu que informa nuestra legislación, parece que no puede pretenderse del actor más que la prueba de un derecho mejor o más probable que el del demandado”. Para la determinación del mejor derecho propone una serie de formas que, en sustancia, coinciden con las establecidas por la jurisprudencia francesa.

Lomonaco (22) reconoce también que el Derecho moderno ha fundido, en cierto modo, la reivindicatoria y la publiciana. Abandonada la forma rigurosa de la “reivindicatoria” romana, hoy trátase de determinar, menos que el derecho absoluto de propiedad, la prevalencia del derecho de las partes. De ahí que la sentencia, contraria a una de las partes, no pueda ser invocada contra un tercero que quiera promover la misma acción.

En igual dirección se orienta la doctrina de Pescatore (23), que pasamos a exponer. En los juicios civiles y en materia de pruebas rige el principio de que, una vez alcanzada la certeza sobre el derecho de una de las partes, manteniéndose este estado mientras no es destruido por la certeza del derecho de la parte contraria. Pero si, agotados todos los recursos, no se ha podido llegar por ninguna de las partes a ese estado de certeza, entonces hay que acudir a lo que más se aproxima a la

a) Si el demandante y el demandado carecen de título, vencerá el primero, justificando una posesión más antigua que la del demandado y mejor caracterizada (p. ej., una posesión legítima frente a una posesión viciosa. Cfr. art. 2299).

b) Si el reivindicante no puede justificar haber poseído anteriormente, pero presenta un título anterior a la posesión del demandado, debe prevalecer sobre éste.

c) Si el reivindicante, sin haber poseído nunca, presenta título, pero el demandado presenta a su vez otro título, hay que distinguir: 1) Si los dos títulos proceden del mismo autor, se otorga la preferencia al que fué primeramente transcrito, y si se trata de dos testamentos, al más reciente. 2) Si los títulos proceden de causas diferentes, el actor, para triunfar, deberá justificar que su causante habría vencido en juicio de reivindicación al causante del demandado.

(21) *Istituzioni di D. civile italiano*, 4.<sup>a</sup> ed. Florencia, 1903, vol. III, pág. 403 y sig.

(22) *Della distinzione dei beni e del possesso*. 2.<sup>a</sup> ed., 1914, pág. 561 y sig.

(23) *Filosofía e dottrine giuridiche*, pág. 361 y sig.

certeza: las presunciones, las probabilidades más fuertes a favor de una de las partes vencerán a las probabilidades y presunciones menos fuertes de la otra parte. Aplicados estos principios al juicio reivindicatorio sobre inmuebles, tendremos que, si una de las partes logra probar la usucapión, se habrá alcanzado un estado de certeza jurídica que sólo podrá ser destruído por una certeza contraria, esto es, por una usucapión posterior contraria a la primera. Pero si falla esta primera y principal indagación, entonces es forzoso que la controversia busque solución en el terreno de la probabilidad; surge la cuestión de cuál de las partes haya aportado en la discusión del petitorio, *potiora iura*; y el Juez, comparadas las posesiones y los documentos rivales, hecha una síntesis de los elementos que derivan de la doble eficacia apropiativa y presuntiva de las posesiones mismas, determinará cuál sea la posesión civil preferente. Éste era el objeto del juicio posesorio plenario consagrado por la jurisprudencia consuetudinaria anterior a los Códigos. Pero éstos han refundido en el juicio petitorio el plenario de posesión, dejando como único juicio posesorio el sumarísimo (interdictos) (23 bis). En consecuencia, el poseedor, en concepto de dueño, de un inmueble, por más de un año, tiene derecho de poseer mientras no sea vencido en juicio petitorio por su adversario. A éste, como actor, le incumbe la carga de la prueba.

Ahora bien, la razón natural aconseja que, en defecto de la prueba de un dominio absoluto, sea suficiente la prueba de una posesión civil preferente en consideración a su origen, duración y justificación. Supóngase que una persona, que lleva poseyendo un fundo durante veinticinco años, es despojado por otro que toma posesión del fundo y se mantiene en ella por más de un año. Conforme a aquella doctrina que concibe la reivindicatoria en los términos rigurosos del Derecho romano y, aunque se admita la publiciana, pasado el año el primer poseedor no podrá recobrar la cosa ni en juicio posesorio ni en juicio petitorio; en posesorio, porque, pasado el año, no puede ejercitar la acción posesoria (interdicto); en petitorio, porque no ha cumplido la usucapión, ni tiene un título. Conforme a los dictados de la razón jurídica natural, en cambio, deberá ser antepuesto al nuevo poseedor por ser su posesión más antigua que la de este último.

Frente a la doctrina que admite en el Derecho moderno la acción publiciana, sea como acción independiente, sea como refundida en la reivindicatoria, existe otro grupo de autores opuestos a su admisión. El adversario más decidido de la acción publiciana en la doctrina francesa es Laurent (24), cuya opinión, sin embargo, encontró pocos seguidores (25). Su argumento fundamental es el silencio del Código.

---

(23 bis) Dudoso en el Derecho español, como ya indicamos en *La posesión incorporal del despojado...*, pág. 422.

(24) *Principes de Droit civil français*, t. VI, 1876, pág. 211 y sig.

(25) Entre ellos, MONTAGNE: *De l'action en revendication en D. français* (tesis), Poitiers, 1879, pág. 213.

¿Compete al intérprete—se pregunta—crear una propiedad ficticia y proveerla de acción? Ciertamente que no. Se dice que la publiciana es conforme a la equidad; pero ¿es que la equidad basta para crear acciones y ficciones? En el Derecho antiguo los jurisconsultos podían basarse en la equidad; pero en el Derecho actual, no, porque se hallan atados a los textos legales. Tampoco es lícito invocar el Derecho romano, que después del Código ha quedado totalmente abrogado. Se alega la autorizada opinión de Pothier; pero el Código, que en tantos puntos sigue sus inspiraciones, es evidente que, en este punto, se ha desviado de ellas. En cuanto a la equidad y a las exigencias de la práctica, sólo el legislador puede apreciarlas; el intérprete, por el contrario, ha de atenerse a la ley. Por consiguiente, tanto la publiciana como la teoría del mejor derecho (Aubry y Rau) deben ser rechazadas, ya que carecen de todo apoyo en la ley y sólo pueden basarse en la equidad. En rigor, el actor en reivindicación deberá probar su derecho de propiedad (*actori incumbit onus probandi*), y si no lo consigue, deberá sucumbir.

Después de la crítica de Laurent, el esfuerzo más notable por revivir la acción publiciana en el Derecho moderno es el realizado por Appleton (26). El principal argumento en contra de su admisión es el silencio total que el Código guarda acerca de ella. Sólo al legislador compete establecer una nueva institución jurídica, y cuando él calla, falta la base necesaria para reconocer su existencia. Pero, si bien se mira—observa Appleton—, son ellos los adversarios de la publiciana, los que hacen hablar al legislador a su modo, presentando sus opiniones personales como dictados del Código. Se invoca el principio *actori incumbit onus probandi* para sostener que, si el reivindicante no prueba irrefutablemente su derecho de propiedad, deberá sucumbir en la lid. Pero el citado principio es consagrado por el Código en materia de obligaciones (art. 1.315, 1.º, del Código civil francés; 1.214 del Código civil español), y aunque haya de admitirse como principio general extensivo a toda clase de relaciones jurídicas, es evidente que su aplicación no puede ser la misma en los derechos reales que en los derechos de obligación. Entre unos y otros hay gran diferencia. Los primeros tienen carácter de normalidad; toda cosa, por lo general, pertenece a alguien. Los segundos tienen carácter de excepción: ser acreedor de una persona constituye una derogación del Derecho común. La propiedad es en principio perpetua; la obligación, en cambio, es transitoria. ¿No influirá todo esto profundamente en la prueba? Aquel principio (*actori incumbit onus probandi*) nos viene del Derecho romano; ¿por qué no hemos de aplicarlo como lo aplicaban los romanos, como lo aplicaban los modernos hasta la promulgación de los Códigos? Guardando éstos silencio en cuanto a la prueba de la propiedad—laguna que todos reconocen—; ¿por qué no acudir a una

---

(26) *Histoire de la propriété pretorienne et de l'action publicienne*, 1889, II, página 351 y sig.

costumbre tan antigua, tan inveterada, tan general, tan bien caracterizada y tan sobradamente justificada como la de la publiciana? Se advierte que la jurisprudencia concede en ocasiones la victoria al reivindicante que no presenta título adquisitivo, precisamente uno de los requisitos de la publiciana en Derecho romano; pero el fundamento es siempre el mismo, esto es, reconocer la propiedad a quien está *in via usucapiendi*; y la prescripción se puede cumplir hoy también sin necesidad de título y de buena fe; modificados los principios, deben también resultar modificadas las consecuencias.

Por lo demás, las soluciones de la jurisprudencia francesa se pueden justificar sin necesidad de hacer referencia a la publiciana. En la gran mayoría de los casos, la prueba de la propiedad es prueba de la prescripción; pero, ante la dificultad de probar esta última, habrá que acudir muchas veces a las presunciones. A la expresión de la jurisprudencia "presunciones de propiedad", es preferible la de "presunciones de prescripción" (27).

Appleton concluye afirmando que, en la práctica procesal, subsiste la publiciana y subsistirá en tanto persistan las necesidades de la práctica y el derecho de propiedad.

Partidarios, como Appleton, de la admisión de la acción publiciana en el Derecho moderno son los italianos Gabba (28), Tartufari (29), Borsari (30), Carusi (31), Ferrini (32) y Filomusi-Güelfi (33). Este

(27) Partiendo de estos principios APPLETON distingue tres hipótesis prácticas:

1) El actor presenta un título de fecha anterior a la posesión del demandado, mientras éste no presenta ninguno. La victoria debe corresponder al actor. Razones: el hecho de la venta es indicio casi cierto de la posesión; en la inmensa mayoría de los casos no se vende lo que no se posee. Por otra parte, el hecho de que la posesión del demandado remonta a una fecha más reciente, viene a confirmar la idea de que el autor del demandante poseía en el momento de la venta. Con estos datos el juez muy bien puede presumir que añadiendo las posesiones de uno y otro se haya cumplido el tiempo necesario para la prescripción.

2) Cuando ambas partes obtuvieron el inmueble de un mismo enajenante, debe presumirse que éste ha cumplido la usucapión por sí mismo o con el concurso de sus autores. Esto supuesto, debe preferirse al primer adquirente, salvo que uno de ellos haya transcrito su título adquisitivo. Si el demandado prueba que el actor no ha podido cumplir la usucapión, entonces, y si se aplican los principios de la prescripción, deberá vencer el demandado, pero si se aplican los principios de la acción publiciana (y de esta opinión es APPLETON) corresponderá el triunfo al demandante. Finalmente, si las partes obtuvieron el inmueble de diversos enajenantes y no se ha probado que uno de ellos ha prescrito será preferido el demandado como poseedor.

3) Si ninguna de las partes presenta título y el demandado no prueba una posesión apta para la usucapión, será preferido el actor que suministre esta misma prueba.

(28) *Della prova a carico di colui chi rivendica beni immobili in relazione col provvedimento speciale per la egazione delle imposte* (Foro it. 1888, I, pág. 980).

(29) *Del possesso qual titolo di diritti*, 1878, I, ns. 305 y 322 y sig.

(30) *Il commentario del Codice civile*, II, sobre el art. 439, § 850 y sig.

(31) *L'azione publiciana*, Roma, 1889, pág. 105.

(32) Nota inserta en el *Annuario critico di Giurisprudenza pratica*, dirigido por COGLIOLLO, año II, fasc. III, marzo 1890, pág. 154.

(33) *Diritti reali*, 2.<sup>a</sup> ed. Roma, pág. 145 y sig.

último rechaza tanto la posición negativa como la intermedia de Aubry y Rau y defiende la existencia de la publiciana como acción distinta de la reivindicatoria, fundándose en que en la posesión con justo título y buena fe hay una razón preferente de defensa (un *plus iuris*) frente al simple poseedor legítimo.

Siguen, en cambio, el camino trazado por Laurent, Chironi (34), Gianturco (35), Ricci (36), Ruggiero (37), Brezzo (38), Bonfante (39), Ascoli (40) y Talassano (41). De especial interés son las opiniones de Brezzo y de Bonfante.

Se invocan en defensa de la publiciana, dice Brezzo, la laguna que en este punto ofrece la ley, la utilidad práctica de conceder dicha acción, el espíritu de equidad que informa las legislaciones modernas. Pero se olvida que hoy, a diferencia del Derecho romano, no es lícito hablar de una acción independiente del derecho material; la acción es hoy el derecho mismo en sus consecuencias prácticas; quien pretenda recobrar la cosa frente a un tercero que la posee, deberá probar la propiedad, pues quien sostiene una pretensión en juicio debe suministrar la prueba del derecho en que se funda. Admitir la publiciana, conceder valor de propiedad a la prueba del derecho mejor, podrá ser en la práctica de gran utilidad, pero es violentar el sentido de la legislación considerando reproducidas en ella leyes romanas que racionalmente debemos pensar se propuso excluir.

Censura Brezzo la tendencia de la jurisprudencia a dar la victoria en el juicio de reivindicación a aquel que pueda tener un derecho mejor sobre la cosa frente al adversario (*qui potiora iura ostenderit*). Por este camino los autores, admitiendo presunciones del derecho de propiedad y presunciones de las presunciones mismas, llegan a conclusiones ni justas en la práctica, ni admisibles ante el espíritu y la letra de las leyes modernas. En Derecho moderno la reivindicatoria no puede concederse más que al propietario; pero adviértase cómo las soluciones propuestas por quienes sostienen aquel principio sólo contienen una lejana referencia al dominio del actor. Ciertamente es principio de razón natural que toda prueba sea admitida con amplitud. También en materia de propiedad son admisibles las presunciones *hominis*. Pero téngase bien entendido que tales presunciones, en tanto serán admisibles y concluyentes, en cuanto prueben una posesión apta para la prescripción y subsistente por todo el tiempo necesario para la

(34) *Istituzioni di D. civile*, Turín, 1888, I, pág. 199.

(35) *Istituzioni di D. civile*, pág. 117.

(36) Derecho civil teórico y práctico, trad. es., I, n. 65, pág. 144.

(37) *Istituzioni di D. civile*, I, 5.ª ed., pág. 622.

(38) *Reivindicatio utilis*, Turín, 1889, pág. 229 y sig.

(39) *L'azione publiciana nel D. civile* (Scritti giur. varii, II, Turín, 1918, página 439 y sig.).

(40) *Inammissibilità della "publiciana in rem actio" nel Diritto italiano* (Foro italiano, 1911, pág. 1117 y sig.).

(41) *Sulla prova della proprietà* (Riv. di D. civile, 1920, pág. 152 y sig.).

misma y siempre con la intención de probar la propiedad como efecto de la prescripción.

De esto a decir que en el juicio de reivindicación corresponde la victoria a aquel que *potiora iura ostenderit* hay gran distancia. Aunque el actor demuestre ser su posición superior a la del demandado (por ejemplo, aporta título mientras éste carece de él, ha poseído por más tiempo, etc.), como existan presunciones graves que hagan inverosímil haya adquirido la propiedad por prescripción, no deberá tener éxito en el juicio. Sobre todo, hay que rechazar la máxima de que la prueba de una adquisición *a non domino* atribuya la preferencia sobre quien no aduce en su defensa más que la posesión actual.

Y no se pueden invocar los principios del Derecho natural, de la equidad y del Derecho romano, que carecen de razón de ser frente a las leyes codificadas. En Derecho romano una razón de equidad podía, en ocasiones, obtener la preferencia sobre el derecho estricto. Pero según las ideas dominantes en el mundo jurídico moderno, al juez no le está permitido derogar los principios legales.

Y termina Brezzo diciendo: "Si, por consiguiente, no se puede acceder a la idea de aquellos que, en materia de propiedad, querrían siempre una prueba absoluta y categórica, tampoco se puede, por otra parte, acoger la tendencia de los autores y de la jurisprudencia a olvidar que la gravedad, la precisión y la concordancia son los requisitos indispensables para la admisibilidad de las presunciones *facti* y que éstas, en tanto valen en materia de reivindicación, en cuanto, por la vía indirecta de la prescripción, conducen a la prueba de la propiedad."

Según Bonfante, con la publiciana se introduciría en el Código una institución completamente nueva; se daría protección jurídica a una relación que el Código no se ha propuesto proteger, no ha querido elevarla a relación jurídica. Ciertamente, la interpretación analógica está permitida; pero tiene sus límites: no puede utilizarse cuando se trata de relaciones no jurídicas. De otro modo, cualquiera relación de la moral, de los usos sociales, podría alcanzar la protección jurídica.

Si, por ejemplo, la ley no sanciona la responsabilidad del marido por la pérdida o deterioro de los objetos recibidos como dote, no por eso cuando, una vez disuelto el matrimonio, haya de restituirse la dote, dejará de ser responsable el marido por el dolo o la culpa, responsabilidad que deberá fijarse por analogía con la relación o relaciones más próximas. Pero todo esto puede hacerse porque en nuestro Derecho existe la institución de la dote, porque la relación es jurídica. Pero, si el legislador no hubiese mencionado la relación dotal, no habría conciencia social, ni fuerza de tradición histórica que valiesen para introducirla en la legislación. Tanto valdría conceder una acción a quien ha sido traicionado por un amigo o abandonado por la novia.

Se invoca la tradición histórica y el Derecho preexistente. Ciertamente constituyen éstos un excelente y amplio medio de interpreta-

ción. Mas, volvemos a lo mismo, son un buen recurso para colmar las lagunas o eliminar las contradicciones en una institución que nuestro Código ha aceptado; pero derivar de ellos la sanción de relaciones que nuestro Código no ha sancionado, esto excede del poder del intérprete o del juez. El intérprete moderno no es un jurisconsulto romano ni el juez moderno un *Praetor*.

La doctrina de Appleton tampoco resiste una crítica ponderada y objetiva. El principio *actori incumbit onus probandi*, más que romano, es un principio general a todo derecho. La ley no concede un derecho subjetivo sino dadas ciertas condiciones (hechos jurídicos). Para hacer valer el derecho habrá, por tanto, que probar la existencia de dichas condiciones. Si el legislador se contenta con la prueba de sólo algunas—no todas—de las condiciones que determinan el nacimiento del derecho, entonces el legislador lo que hace es conceder un nuevo derecho aunque utilizando para ello una forma poco lógica. La prueba debe ser plena, de otro modo se altera el derecho sustancial. Así entendieron los romanos el *actori incumbit onus probandi*. De ningún modo admitieron una facilitación de la prueba en la propiedad, sino que admitieron una nueva institución de derecho sustancial: la publiciana y la relación por ella tutelada. Pero nuestro Código no hace mención alguna de esta relación; por eso la acción publiciana se halla irremisiblemente excluida de nuestra legislación positiva.

En el Derecho español admiten la existencia de la publiciana, como acción distinta e independiente de la reivindicatoria, Sánchez Román (42), Burón (43), De Diego (44) y Valverde (45). Los dos primeros ni siquiera hacen cuestión de ello.

De Diego cree que subsiste, a pesar del silencio del Código, porque los interdictos no bastan a proteger la posesión, pues en ellos no se discute más que el hecho de la posesión y a la verdad que los artículos 438, 445 y 446 hacen suponer que la posesión tiene la consideración de derecho, el cual habrá de tener una acción propia para defenderlo que no puede ser otra más que la publiciana.

De la misma opinión es Valverde. Considerando el Código la posesión como un verdadero derecho, la existencia de la publiciana es evidente, porque, de no admitirla, no se podrían discutir en juicio las cuestiones de derecho que afectan a la posesión, siendo para ello, dada su naturaleza, insuficientes los interdictos. Además, el artículo 445 la admite implícitamente al establecer que, siendo iguales las condiciones de los dos poseedores en conflicto, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes. ¿Y qué es esto—se pregunta—si no un caso de utilización de la acción publiciana?

(42) *Estudios de Derecho civil*, t. III, 1891, pág. 124.

(43) *Derecho civil español*, II, Valladolid 1900, n. 669, pág. 291.

(44) *Instituciones de Derecho civil español*, I, 1929, pág. 331.

(45) *Traatado de Derecho civil español*, II, parte esp., 4.<sup>a</sup> ed. pág. 274.  
Cfr. MANRESA: *Comentarios*, IV, pág. 271.

Más bien confusa es la opinión de De Buen acerca de la acción publiciana (46). Estima que pueden advertirse ciertas reminiscencias de la publiciana en los juicios de reivindicación, en que el actor se limita a probar un justo título de dominio, según admite nuestra jurisprudencia; pero la acción que se ejercita a tenor de la construcción técnica de nuestra jurisprudencia es la reivindicatoria. Sólo queda una hipótesis, dice De Buen, en que la acción publiciana sería ejercitable si subsistiera: la hipótesis de que el poseedor—desposeído—no tenga título para acreditar su derecho ni su posesión sea inmemorial. Se tratará en tal caso de un poseedor cuya posesión comenzó en época reciente; pero que no está fundada en una *iusta causa* ni ha llegado a producir la adquisición por usucapión. Es un caso de posesión como *hecho*, ya que ningún derecho puede alegarse. Por lo tanto, si el poseedor que posee sin título es desposeído, podrá defenderse, además de por los interdictos, por las reglas que establece el artículo 445 al hablar de la contienda sobre la posesión como hecho.

En opinión de Castán (47), la publiciana no existe como acción distinta de la reivindicatoria. No siendo precisa, según nuestra jurisprudencia, la prueba estricta del dominio para ejercitar la reivindicación, pues basta acreditar la preferencia del derecho del propietario sobre el del mero poseedor, la acción publiciana está en cierto modo embebida en la acción de dominio.

Son contrarios a la existencia de la publiciana, en el Derecho español, Planas y Casals (48) y Traviesas (49). Advierte el primero que el Código no la menciona y no tiene razón de ser porque o el poseedor es verdaderamente tal, en cuyo caso tiene los interdictos que le corresponden, o precisa la justificación del dominio, si está prescribiendo, para ejercitar la acción reivindicatoria; según Traviesas, como el Código no establece distinción entre propiedad civil y propiedad pretoria, no puede admitirse que subsista la correspondiente distinción de acciones.

### III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

#### 1) *La legislación.*

A nuestro juicio, el planteamiento de la cuestión en el Derecho español vigente ha de partir de aquel concepto de la acción publiciana que cristaliza en el Derecho justiniano y que, en sus líneas funda-

(46) *Notas a COLIN y CAPITANT*, t. II, vol. II, pág. 1201.

(47) *Derecho civil español común y foral*, II, 1942, pág. 128.

(48) *Apuntes de Derecho civil*, 2.º curso (1902-3), pág. 322.

(49) *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad* (R. D. P., julio-agosto 1920, pág. 193 y sig.).

mentales, perdura en los Derechos nacionales hasta la aparición de los Códigos modernos. Desaparecida la distinción entre dominio quirital y dominio bonitario, la publiciana queda reducida a ser la acción protectora de la posesión con justo título y buena fe. Desaparecidos igualmente los motivos históricos que determinaron al pretor romano a fundar la acción en la ficción de haberse cumplido el plazo de la prescripción, la publiciana deja también de ser una acción ficticia. Esto supuesto, la cuestión puede plantearse en los siguientes términos: ¿Compete en nuestro Derecho al poseedor, con justo título y buena fe, acción real para recobrar la cosa frente a cualquier poseedor de peor condición? O, por el contrario, ¿habrá de considerarse que el poseedor, aunque reúna los mencionados requisitos, sólo dispone, para recuperar la cosa, del interdicto de despojo y fuera de éste sólo podría ejercitar, caso de ser propietario, la acción reivindicatoria?

Para responder a estas preguntas, lo primero que hemos de hacer es fijarnos en nuestra legislación positiva. Si hojeamos el Código civil pronto nos convenceremos de que no existe en él la menor alusión a la acción publiciana, ningún precepto que conceda al poseedor de buena fe con justo título el derecho de reivindicar la cosa frente a cualquier poseedor de condición inferior a la suya. Sin embargo, un examen más detenido de nuestras leyes permite descubrir algunas disposiciones que parecen dar margen para admitir la publiciana. Según el artículo 1.658, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en la sentencia dictada en juicio de interdicto, "... 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". De él se deduce la posibilidad de discutir, después del juicio interdictal, el derecho sobre la posesión definitiva con independencia de la cuestión de propiedad. Este juicio es el plenario de posesión, que, al parecer, deja subsistente nuestra ley procesal (49 bis). Conviene recordar a este propósito que en nuestro Derecho anterior al Código era tradicional la clasificación de los juicios posesorios en plenarios u ordinarios y sumarísimos o interdictos: éstos relativos al mero hecho posesorio; los primeros, en cambio, destinados a dilucidar el mejor derecho a la posesión (50). Pues bien, en este juicio plenario de posesión podría encajar perfectamente el ejercicio de la acción publiciana, uno de cuyos presupuestos es precisamente el mejor derecho del actor (poseedor de buena fe con justo título) a la posesión. La utilización de la publi-

---

(49 bis) También podría considerarse implícitamente comprendido en la referencia un tanto vaga que el artículo 446 del Código civil hace a los medios que las Leyes de procedimiento establecen para la defensa de la posesión. Y en el artículo 445 "in fine".

(50) Vid CARAVANTES: *Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, t. 3.º, Madrid, 1858, n. 1.002, p. 234; SALA: *Ilustración del Derecho real de España*, 2.ª ed., t. 2.º, Madrid 1838, p. 254; GÓMEZ NEGRO: *Elementos de práctica forense*, 4.ª ed., Valladolid, 1838, pág. 201; J. M. RODRÍGUEZ: *Apuntes sobre la práctica forense*, Sevilla 1840, t. 2.º, pág. 95.

ciana por los trámites del juicio ordinario sería un caso más de juicio plenario de posesión.

Sin embargo, en buena lógica, no puede deducirse de la existencia del plenario de posesión el reconocimiento de la publiciana por la ley procesal. Es al Derecho sustantivo al que corresponde fijar los criterios con arreglo a los cuales se decidiría el mejor derecho a la posesión y, en su caso, reconocer un *derecho publiciano* protegido con su correspondiente acción. Pero es lo cierto que tal cosa no sucede en nuestro Código civil. El artículo 445 de este último da reglas para resolver las contiendas sobre el *hecho* de la posesión, no sobre el derecho de poseer, por lo que se explica que su primera decisión sea a favor del poseedor actual. Sólo cuando *de hecho* concurren dos poseedores, se acude al criterio de la posesión más antigua: si falla este criterio, es decir, si las fechas de ambas posesiones fueren las mismas, será preferido el poseedor que presente título, y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósitos o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes.

Hemos recalcado que las posesiones en conflicto son ambas de hecho, o lo que es igual, que la misma cosa es poseída de hecho por dos personas, que mutuamente pretenden excluirse, porque, a nuestro entender, este y no otro es el caso contemplado por el discutido artículo 445. No podemos extendernos en la demostración de que tal es el sentido de dicho artículo, pero a continuación enumeramos unas cuantas razones que nos parecen suficientes: 1.<sup>a</sup>) La afirmación que encabeza el artículo de que la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. Precisamente porque fuera de los casos de indivisión (p. ej., posesión de varios copropietarios) no puede reconocerse que dos personas posean de hecho, actualmente, una misma cosa, es por lo que el artículo da a continuación las reglas oportunas para decidir el conflicto. 2.<sup>a</sup>) Estas reglas no tendrían aplicación si uno de los dos poseedores no poseyese actualmente, pues, con arreglo a la segunda proposición del repetido artículo, sería preferido el poseedor actual. 3.<sup>a</sup>) El mismo orden de preferencia establecido por las mencionadas reglas evidencia que se trata de dilucidar el mero hecho posesorio; no se comprendería si no que el poseedor más antiguo, pero sin título, sea antepuesto al más reciente, pero con título.

Todo esto nos revela, que el artículo 445 nada tiene que ver con la publiciana, en la cual contienden, acerca del mejor derecho a poseer, un antiguo poseedor privado actualmente de la posesión y un poseedor actual. Por lo demás, el artículo 445, en su última parte, parece aludir al juicio plenario de posesión, al decir "... mientras se decida sobre la posesión o propiedad por los trámites correspondientes". Es claro que en este juicio ya no se discute sobre el mero hecho posesorio, sino sobre el derecho a la posesión.

Así pues, fuera de los indicios de existencia del plenario de posesión, no hay precepto positivo alguno en que poder fundamentar debidamente la acción publiciana.

Mas, por otra parte, tampoco existe disposición legal alguna que explícita o implícitamente sea contraria a la publiciana. En contra de Zachariae, estimamos que la interrupción de la posesión *ad usucapionem* del actor, cuando la posesión del demandado ha durado más de un año (cfr. arts. 460, núm. 4.º, y 1.944), no constituye un obstáculo para la admisión de la publiciana (51). La pérdida de la posesión y consiguiente interrupción de la prescripción, de ningún modo sería un impedimento para la publiciana, la cual se funda precisamente en una posesión *anterior* con justo título y buena fe. Por consiguiente, aunque al término de un año se haya perdido la posesión e interrumpido la prescripción, todavía podría conservarse un derecho publiciano, fundado en la antigua posesión con justo título y buena fe.

## 2) Utilidad de la publiciana.

Cuestión distinta de la que, hasta ahora, venimos examinando, es la de si, *de iure condendo*, debe propugnarse el reconocimiento de la acción publiciana. Aunque es este un problema que no nos toca a nosotros resolver, fácilmente se advierte, que hoy no subsisten muchas de las razones de orden práctico, que en otro tiempo justificaban su existencia.

En nuestro Derecho, el que ha sido privado por otro de la posesión puede recuperar la cosa (mueble o inmueble) dentro de un año, a contar del despojo, y no sólo frente al autor de éste, sino también frente a cualquier tercer poseedor (52). La acción que en este caso corresponde al poseedor difiere radicalmente de la publiciana, tanto por su origen histórico, como por los presupuestos de su ejercicio. Pero es lo cierto, que ella hace superflua la publiciana, al menos durante el plazo de un año, en que el despojado puede ejercitarla (53). Más necesaria era aquélla en el Derecho romano, donde el despojado de un inmueble sólo podía recobrar la posesión si el despojo fué violento (*dejectio* y casos a ella equiparados) y sólo frente al autor del despojo; pasando el inmueble a manos de un tercero, el poseedor despojado queda imposibilitado de recobrarlo. La publiciana, en cambio, colma

(51) Según ZACHARIAE, si la posesión de aquel a quien se pretende demandar con la publiciana ha durado un año, la antigua posesión "ad usucapionem" del actor queda interrumpida y no puede ya tener eficacia legal; si, por el contrario, no ha durado todavía un año, el actor tendrá la acción posesoria: en el primer caso la publiciana sería inadmisibile; en el segundo, inútil (*Cours de D. civil*, trad. AUBRY y PAU, vol. I, pág. 470).

(52) Sobre esto y lo que sigue, véase nuestro trabajo *La posesión incorporal del despojado*, espec. la pág. 419 y ss.

(53) Cfr. DUSI: *Istituzioni di D. civile*, I, Nápoles, 1922, pág. 386. nota 4, AUBRY y RAU: op. cit. II, pág. 392. nota 6.

en parte esta laguna de la defensa posesoria, permitiendo al poseedor de buena fe, en vías de usucapir, recuperar la cosa frente a cualquier poseedor de inferior condición.

Por lo que se refiere a los bienes muebles, la posibilidad de ejercitar la publiciana queda prácticamente excluida en el Derecho vigente, en virtud del principio de que la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título. En consecuencia, la acción que fundándose en su posesión de buena fe ejercitase el poseedor de cosas muebles será la acción reivindicatoria, no quedando margen para la publiciana.

Pero, sin duda, lo que determina que la publiciana no sea hoy prácticamente tan necesaria como en el Derecho romano es la amplitud y flexibilidad que imperan en la prueba del dominio para el ejercicio de la acción reivindicatoria (54). Como ya dijimos, una de las funciones prácticas más importantes que cumplía la acción publiciana era la de permitir al propietario vindicar la cosa sin necesidad de aportar una prueba concluyente de su derecho de propiedad, como se requería para la reivindicatoria. Esta prueba era particularmente difícil en Derecho romano, en el que—como dice Bonfante—“la gradual debilitación y, finalmente, la total desaparición de las antiguas formas de transmisión, como la *mancipatio* y la *in iure cessio*, sin que un ordenamiento nuevo viniese a sustituirlas, habían conducido las cosas a tal punto, que para la prueba del dominio era necesario recurrir constantemente a la usucapación”.

Hoy, en cambio, no existe tal estado de incertidumbre e inseguridad en cuanto al derecho de propiedad. En los bienes muebles el principio de que la posesión de buena fe equivale al título y en los bienes inmuebles el sistema de publicidad del Registro reducen al mínimo la incertidumbre sobre el verdadero titular de la propiedad. Pero si a esto añadimos que nuestra jurisprudencia se contenta, para el ejercicio de la reivindicatoria, con que el actor aduzca un justo título de dominio, se comprenderá que ha dejado de ser un problema la llamada *probatio diabolica* y que la publiciana, caso de admitirla, dejaría de cumplir, por superflua, aquella función originaria de acción protectora del poseedor de buena fe con justo título que aún no es propietario.

En consecuencia, la admisión de la publiciana en nuestro Derecho vigente sólo vendría a llenar esta función: la de permitir al poseedor de un inmueble con justo título y buena fe, que hubiese perdido la posesión, recobrar la cosa frente a cualquier poseedor de peor condi-

---

(54) Sobre la prueba de la propiedad puede verse: UNTERHOLZNER: *Beitrag zu den Untersuchungen über den Beweis der Eigenthumsklage*, Archiv für die civ. Prax. VII, 1824, pág. 233; FALKENSTEIN: *Beitrag sur Theorie vom Beweise der Eigenthumsklage*, Archiv für die civ. Pr. X, 1827, pág. 226; APPLETON: *De la preuve de la propriété et de la publicienne en Droit français*, Rev. Crit., 1889; CASINI: *La prova della proprietà nei giudizi di rivendicazione*, Foro ital., 1887, I, pág. 867; *Sull'obbligo dell'attore in rivendicazione di giustificare il fondamento della sua domanda*, ibid., 1888, I, pág. 218.

ción. Supóngase que un poseedor que reúna las condiciones indicadas sea privado del inmueble sin o contra su voluntad; durante un año, contado a partir del despojo, conserva la posesión, con arreglo al artículo 460, n. 4, y, en consecuencia, podrá recobrar la detentación del inmueble cualquiera que sea el poseedor de hecho actual; para ello dispone del interdicto de despojo. Pero si deja transcurrir un año sin ejercitar este último, ¿cuál será su situación? Dependerá de que se admita o no la publiciana. Si se admite, el antiguo poseedor podrá todavía recobrar el inmueble en juicio plenario de posesión. Si no se admite, el antiguo poseedor habrá perdido, al transcurrir el año del despojo, todo derecho a la posesión; a no ser que sea propietario, en cuyo caso podrá reivindicar la cosa en juicio petitorio.

### 3) *La publiciana y la acción reivindicatoria.*

Después de haber comprobado que en nuestra legislación no hay base suficiente para fundamentar la acción publiciana y de haber visto que hoy no militan en favor de esta última las mismas razones que la justificaban en el Derecho romano, hemos de averiguar si la publiciana se halla refundida en la acción reivindicatoria.

A nuestro parecer, la doctrina del derecho mejor o más probable viene a transformar a la reivindicatoria de acción tutelar del dominio en acción protectora del mejor derecho sobre la cosa. Como dice Filomusi-Güelfi (55), dicha teoría acaba por conceder la reivindicatoria también a quien no es propietario, esto es, al poseedor con buena fe y justo título en vías de usucapir. Pero este es un argumento de orden lógico que no podría prevalecer contra la realidad de una acción reivindicatoria basada en el principio del mejor derecho del actor y en la cual quedaría embebida y confundida la publiciana. Así pues, la doctrina de Aubry y Rau será admisible en nuestro Derecho si termina por prevalecer en nuestra jurisprudencia aquella concepción que ve en la reivindicatoria, no ya la acción característica y exclusiva del propietario, sino la acción que compete al titular de un derecho sobre la cosa mejor que el que ostenta el demandado (55 bis).

A nuestro juicio, en este punto es fundamental distinguir netamente entre la simple facilitación de la prueba del dominio y el principio de que al reivindicante le basta con probar un derecho mejor o más probable que el del demandado. Partiendo de la base de que la acción reivindicatoria sólo compete al propietario, muy bien se puede facilitar al actor la prueba del dominio no exigiendo una prueba estricta y concluyente, como sería haber cumplido por sí o por medio de sus antecesores la usucapición, sino simplemente una prueba rela-

---

(55) Op. cit., pág. 148.

(55 bis) En este sentido, la S. 21 febrero 1941, reseñada al final de este trabajo.

tiva, pero suficiente para llevar al ánimo del juez la convicción de que el actor es propietario, como es la de un justo título de dominio.

En esta hipótesis, la facilitación de la prueba no significa que para vencer en juicio de reivindicación no se necesite ser propietario, bastando tener un derecho mejor que el del demandado. Antes al contrario, entendemos que si el juez, del conjunto de las pruebas aducidas, adquiere el convencimiento de que el actor no es verdaderamente propietario, tendrá que desestimar la acción aunque aquél hubiese aducido un justo título de dominio. Lo que ocurre es que, en vez de exigirse una prueba terminante, irrefutable, como es la de la prescripción, el juez se contenta con una prueba de la que fundadamente pueda deducirse el derecho del actor. Pero si el juez tiene la certeza de que no es dueño el actor, aunque éste reúna las condiciones requeridas para la publiciana, aunque haya probado tener, según criterios preestablecidos, un derecho mejor que el del demandado, habrá de rechazar la demanda.

Resulta, pues, de toda evidencia, que no basta una facilitación de la prueba de la propiedad para considerar comprendida en la reivindicatoria la acción publiciana. Si bien es cierto que esta acción viene a facilitar al propietario la vindicación de la cosa, no puede, sin embargo, hacerse la afirmación inversa: que la facilitación de la prueba del dominio mediante la simple aportación de un justo título implique la admisión de la publiciana.

Cosa muy distinta de dicha facilitación de la prueba es el principio de que al reivindicante le basta con probar un derecho mejor que el del demandado. Con arreglo al mismo, aun constando que el actor no es propietario, vencería al demandado probando un derecho mejor que el de éste. No sólo el poseedor con justo título y buena fe triunfaría frente al mero poseedor, sino también—si adoptamos el criterio de Aubry y Rau—el simple poseedor sin título que llevase poseyendo más tiempo que el demandado, también sin título, debería ser preferido a éste.

El principio del mejor derecho no sólo implicaría la admisión de un derecho publiciano, sino también de otros derechos intermedios entre la propiedad y la posesión, entre los cuales existiría una jerarquía, según la cual el derecho de grado superior vencería al de grado inferior y sucumbiría, en cambio, ante el derecho de grado superior. Pero es lo cierto que en nuestro Derecho positivo no existe ningún precepto de Derecho material en que poder fundar semejante escala de derechos, como no existe ningún precepto que sancione un derecho publiciano.

#### 4) *La publiciana y la jurisprudencia.*

Sentado que en nuestra legislación no se sanciona la existencia de la acción publiciana, compréndese que el problema de su admisibilidad se concrete en el de si la jurisprudencia podrá reconocerla a

pesar del silencio de la ley. Este problema presupone el del valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho, tema que, naturalmente, no constituye el objeto de este artículo (56). Pues lo cierto es que, siendo la acción publiciana una acción fundada en un derecho real específico, el llamado derecho publiciano, constituye por sí misma una institución jurídica independiente. Y su admisión sería verdadera creación de Derecho, en lugar de un simple colmar lagunas legales. Lleva razón Bonfante al decir que el intérprete podrá colmar las lagunas en una institución legalmente reconocida, pero lo que no puede es sancionar como relación jurídica una relación que el Código no ha sancionado.

Tampoco es sostenible que la acción publiciana pueda considerarse como medio de colmar las lagunas que las leyes presentan, en cuanto a la prueba del dominio, para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Precisamente la publiciana prospera independientemente de la prueba del dominio y aunque conste la falta del mismo en el actor. La acción publiciana podrá ser un remedio que permita al propietario vindicar la cosa sin necesidad de ejercitar la reivindicatoria, pero de ningún modo puede ser un *medio de facilitar la prueba del dominio* para el ejercicio de esta última.

Con todo esto no prejuzgamos nada acerca de la potestad de la jurisprudencia para dar entrada en nuestro Derecho a la acción publiciana; lo único que afirmamos es que con ello la jurisprudencia crearía una institución que nuestras leyes vigentes no consagran.

La jurisprudencia española admite la acción publiciana. Hasta fecha reciente la ha venido considerando como acción distinta e independiente de la reivindicatoria. Así, en la Sentencia de 24 de febrero de 1911, después de desestimar la demanda de reivindicación por no haber justificado el actor su dominio, se establece que tampoco cabía juzgar sobre la pertinencia de la *acción publiciana*—que el actor había ejercitado junto con la reivindicatoria, como acción subsidiaria—por no haberse probado la identidad de la finca reclamada. La Sentencia de 30 de marzo de 1927 cita a la publiciana entre las acciones que competen al propietario junto con la reivindicatoria, rescisoria, negatoria y *ad exhibendum*, y aclara: “porque el que tiene el dominio tiene la posesión civil de una cosa contra el que posea sin título o con otro con menos derechos”. La Sentencia de 26 de octubre de 1931 admite también la publiciana, que es la acción que “compete al poseedor civil de una cosa, contra el que la posee sin título o con otro, pero con menos derechos, para que le sea restituida con sus frutos, accesorios y abono de menoscabos...”

Por otra parte, para el ejercicio de la reivindicatoria se exige la prueba *cumplida* del dominio, considerándose suficiente al efecto un

---

(56) Véase, sobre el tema, el magistral estudio de CLEMENTE DE DIEGO: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Publicaciones de la Academia de Jurisprudencia, 1925.

justo título de dominio. Faltando la prueba cumplida del derecho de propiedad, la acción reivindicatoria no puede prosperar aunque el demandado fuese poseedor de peor condición. Así se deduce de la Sentencia de 6 de marzo de 1914, en la cual se dice "que con sujeción a la doctrina legal proclamada en relación al artículo 348 del Código civil, para ejercitar con éxito la acción reivindicatoria, ha de justificar el demandante el dominio que reclama, y caso contrario, debe ser absuelto el demandado, aunque lo tenga sin derecho, como dispone nuestra legislación de Partida".

Más expresiva es aún la Sentencia de 6 de julio de 1920, que, a propósito de la acción reivindicatoria ejercitada por los herederos de una persona, en reclamación de bienes que se le habían adjudicado en tal concepto, establece: Que no puede estimarse como título suficiente para justificar su dominio, en el caso de que los bienes no se hallen inscritos a favor del causante, la mera escritura de partición otorgada por los coherederos o las operaciones divisorias practicadas por los albaceas, si en ellas se manifestó únicamente que los bienes partibles pertenecían al causante, pero sin presentar ni hacer referencia a ningún título escrito confirmativo de sus manifestaciones, pues en tal supuesto es requisito indispensable para el éxito de la acción presentar el título dominical del causante. (Concuerda con Sentencia de 29 de enero de 1926.) Y en el tercer considerando se dice que para apreciar la procedencia o improcedencia de la acción reivindicatoria se ha de examinar si concurren todos y cada uno de los requisitos necesarios para su éxito, bastando la falta de cualquiera de ellos para desestimarla, sin necesidad en tal supuesto de proceder a *comparar las respectivas situaciones jurídicas y títulos de actor y demandado, al efecto de determinar la preferencia entre ellos, comparación que sería inútil, toda vez que no probando el actor su acción debe ser absuelto el demandado, aunque carezca de todo título o sea inferior al de aquél.*

Esta Sentencia confirma plenamente nuestra opinión de que una cosa es facilitar la prueba del dominio y otra cosa muy distinta es dar la victoria en el juicio de reivindicación a la parte que ostente un derecho mejor o más probable. Nuestros Tribunales se contentan con que el actor aduzca un justo título de dominio, pues se considera que este elemento es suficiente para inspirar al juez la creencia fundada de que el actor es propietario. Pero, en definitiva, es el mismo juez el que ha de resolver si el título alegado es o no suficiente para justificar el dominio. Tal es el caso de la mencionada Sentencia de 6 de julio de 1920, en la que se niega esa virtud justificadora a la partición otorgada por los coherederos o a las operaciones divisorias practicadas por los albaceas, si por otro medio no constaba el dominio del causante.

Hay, pues, facilitación de la prueba de dominio, pero no se consagra el principio del mejor derecho, ya que *no probado el dominio, hay*

que desestimar la demanda, aunque el demandado sea frente al actor poseedor de peor condición.

Algunas sentencias hablan de que la inscripción de posesión no perjudica al que tenga mejor *derecho a la propiedad*. Creemos que esta expresión alude a una justificación o prueba del dominio que merece más crédito que la inscripción de posesión, de ningún modo a la existencia de un mejor derecho distinto de la propiedad, como tampoco a una propiedad mejor, pues la propiedad es una y no admite grados.

Creemos que semejante sentido debe darse a la Sentencia de 25 de febrero de 1927, que en su primer considerando señala como requisito necesario para que prospere la reivindicatoria la "preferencia del título en caso de colisión de derechos". Título preferente no puede ser sino el que pruebe cumplidamente el derecho de propiedad, ya que en otro caso, es decir, si bastase la prueba de un derecho que no siendo de propiedad fuese superior al de la otra parte, quedaría desvirtuado el principio, tan reiteradamente afirmado por la jurisprudencia, de que no probada la propiedad debe ser desestimada la demanda.

Pero últimamente, en la Sentencia de 21 de febrero de 1941, el Tribunal Supremo parece desviarse de su anterior doctrina al considerar la publiciana como una faceta de la acción reivindicatoria. "La doctrina científica y la jurisprudencia—dice la Sentencia aludida—han dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la acción publiciana, no con la fisonomía y peculiaridad que ostentó en Derecho romano, sino como una de las facetas de la propia acción reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho". La afirmación de que el mejor título puede derivar de la mera posesión nos pone en presencia de un supuesto que rebasa los límites de la publiciana—la cual presupone una posesión con justo título y buena fe—y hace pensar en la admisión del principio, más amplio, del derecho mejor o más probable.

---

(57) Sentencias 6 noviembre 1888; 11 mayo 1889; 11 enero 1890; 29 septiembre 1891; 12 diciembre 1904; 4 abril 1905; 27 mayo 1905; 20 noviembre 1908; 10 febrero y 17 abril 1909; 9 y 24 marzo 1911; 18 abril 1911; 8 marzo, 5 junio y 27 noviembre 1912, o marzo 1914; 25 enero y 12 febrero 1915; 1 abril 1916; 22 junio y 5 julio 1918; 29 octubre 1919; 14 enero 1920; 7 marzo 1922; 19 abril y 23 junio 1923; 7 mayo 1924; 30 junio 1928.

(58) No estiman justificado el dominio, por lo que absuelven al demandado las S. S. 7 noviembre 1914; 24 marzo y 18 abril 1916; 18 mayo 1917; 21 diciembre 1918; 30 enero y 10 julio 1919; 26 marzo 1920; 8 febrero y 6 diciembre 1921; 7 marzo 1922; 19 abril 1923.