

Vistas las semejanzas y diferencias con las dos acciones que más se le aproximan, queda claro que la acción confesoria es una acción particular, con unos presupuestos y requisitos muy determinados y específicos, que pretende solucionar un conflicto distinto, sobre todo muy distinto, al supuesto de hecho que da lugar a una reivindicatoria. Por eso, entendemos perfectamente adecuada la doctrina que el Tribunal Supremo establece en esta sentencia, en el sentido de que no es viable ni posible interponer una acción reivindicatoria, cuando lo que se pretende es confirmar un derecho de servidumbre y poner fin a la perturbación en su disfrute y ejercicio. Debe servirnos esta doctrina, que en principio cualquiera consideraría obvia, para recordar la utilidad y especialidad propia de la acción confesoria, ya que, repito, a mi juicio, está un tanto olvidada por la doctrina y profesionales del Derecho, pero que continúa plenamente vigente por hacer frente a una situación especial y propia.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

PROPIEDAD. ACCIÓN PUBLICIANA. ES UNA FACETA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—Por Canteras Foj, S. A., se formuló demanda contra Fuerzas Eléctricas de Cataluña y Red Eléctrica de España, S. A., por la que se ejercía acción reivindicatoria para que se dictara sentencia en la que se declarase que el triángulo, sito en la caseta del repetidor de FECSA/REDESA que se señala en los mapas aportados, invade la finca de la actora, quedando dicha porción en posesión de la actora, que es su legítima propietaria; y que la otra porción señalada es de exclusiva propiedad de la actora por lo que las demandadas deben proceder a retirar los detritos, rocas y escombros que impiden la pacífica posesión, devolviendo la propiedad a la actora.

REDESA contesta a la demanda y solicita su absolución. FECSA contesta a la demanda, pide su absolución y formula reconvencción en la que solicita que se declare de su propiedad el terreno discutido, y por tanto se condene a Canteras Foj a indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados por los destrozos en la finca.

Contra la sentencia de primera instancia formulan recurso de apelación los demandados, y la Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia en la que se estima parcialmente el recurso de apelación y se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, estableciendo lo siguiente:

Que el triángulo sito en la caseta de repetición de FECSA invade la finca de Canteras Foj, y por tanto debe procederse a su derribo.

Que la porción discutida es legítimamente poseída por Canteras Foj, y las codemandadas carecen de derecho alguno sobre él y debe procederse por tanto al retiro de las rocas, escombros y detritos.

La sentencia de apelación modifica parcialmente la de primera instancia en el sentido de que en este caso considera a Canteras Foj como legítima poseedora, y no legítima propietaria, como entiende la de primera instancia, y en eso radica la revocación parcial de la misma.

FECSA interpone recurso de casación al que se opone la sociedad actora, alegando incongruencia en la sentencia recurrida, pues a pesar de desestimarse la acción reivindicatoria interpuesta por la actora, se le concede un derecho de posesión que la recurrente no pretende ejercitarlo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y añade que el motivo no puede prosperar estableciendo la siguiente:

Doctrina.—No hay incongruencia cuando se da menos de lo pedido, aunque tal posibilidad no se haya planteado. Y añade que «la acción publiciana es una acción real que compete al poseedor civil de una cosa contra la que la posea sin título o con otro, pero con menos derecho para que le sea devuelta la cosa con sus frutos, accesiones y abono de menoscabo».

Y continúa afirmando que la acción publiciana ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a veces como una acción autónoma y otras embebida en la reivindicatoria mediante el expediente de suavizar la exigencia de la prueba del dominio reivindicado. Se considera, entonces, como «una de las facetas de la reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho». Esta doctrina ampara el razonamiento de la sentencia recurrida cuando acoge el mejor derecho a poseer los terrenos que describe en su fallo a favor de la demandante con la consiguiente condena al desalojo de las demandadas».

COMENTARIO

La admisión de la acción publiciana no es pacífica entre la doctrina, e incluso en la jurisprudencia del Supremo. En los últimos años parece que la balanza se inclina hacia su admisión, si bien, incluso admitiéndola, pueden defenderse dos tesis distintas, aunque lo que queda claro es que se defienda una u otra (que veremos a continuación), en nada se parece ya esta acción a la que fue concebida como tal en su origen romano.

En Derecho romano surge esta acción como defensa especial que se otorgaba a aquella persona que sin ser propietario, bien por faltarle alguno de los requisitos propios de la transmisión del dominio (la *mancipatio*, la *in iure cessio*), o bien por haber adquirido de un *non domino*, era un poseedor al que sólo le faltaba poco tiempo para usucapir, y por tanto merecía una defensa de su estado posesorio más amplia que la meramente interdictal de tan breve vida. De esta forma, el pretor Publio concedió esta acción para proteger a quien había adquirido de un modo no suficiente, frente al que la poseyera por un título inferior. Posteriormente, en el Derecho justinianeo, esta acción se adapta a la *possessio bonae fides* del que ha adquirido con justo título a *non domino*, perdura en derecho intermedio, pero desaparece en la Codificación, consecuencia de lo cual, hoy no se recoge en los textos legales.

Esto originó que se olvidara esta acción quedando relegada, y dudando sobre su admisibilidad al no ser contemplada expresamente por los códigos. Hoy resurge el debate sobre la posibilidad o no de admitir esta acción, y, básicamente, son tres las posturas que se defienden:

a) Rechazo a la acción publiciana: no se admite la acción publiciana en nuestro Derecho. No tiene cabida ni sentido esta acción, sobre todo argumen-

tando que las acciones posesorias en Derecho español prescriben en todo caso al año (1).

b) Admisión de la acción publiciana como una faceta de la reivindicatoria, es decir, la acción publiciana estaría embebida dentro de ella. El reivindicante no debe probar expresamente su dominio, sino que le basta probar su mejor derecho a poseer, su mejor título para poseer la cosa discutida frente al poseedor con título inferior que la posee. En este caso parece que lo que subyace es una rebaja o disminución o facilidad en la carga de la prueba del dominio del demandante en la reivindicatoria. Es necesario flexibilizar la rígida prueba dominical en la reivindicatoria, y por eso aunque no se pruebe el dominio, si se logra probar el mejor derecho a poseer, el demandante puede reclamar por esta acción, la posesión perdida (2).

c) Admisión de la acción publiciana como acción propia e independiente. Es una acción posesoria basada en ese mejor derecho a poseer, en una posesión superior, comúnmente aceptada que debe ser una posesión en concepto de dueño y hábil para usucapir. Pero el demandante, en ningún caso, debería ser propietario como en la reivindicatoria. Según esta tesis la defensa posesoria no se agota en los interdictos, como defienden los otros, y encuentra apoyo en el artículo 1.947 del Código Civil que admite la posibilidad de una demanda de reclamación de la cosa en juicio declarativo, en la que no se invoca el dominio, sino el mejor derecho a poseer, y asimismo en los artículos 445 y 348 del Código Civil (3).

La Jurisprudencia no ha arrojado demasiada luz sobre este asunto, pues unas veces admite la existencia autónoma de la acción publiciana, mientras que otras la considera una faceta u opción dentro de la reivindicatoria.

A) En una primera etapa, la jurisprudencia acepta la tesis de la independencia de la acción publiciana. Baste ver a este respecto las SSTs de 24 de febrero de 1911, 30 de marzo de 1927, 26 de octubre de 1931 y 28 de febrero de 1958. En concreto, la STS de 26 de octubre de 1931 sostiene que: «al estimar el Tribunal de instancia la acción publiciana, que subsidiariamente de la reivindicatoria se ejercitó en la demanda, no infringió la Ley 13... porque siendo aquella acción la que compete 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 con sus frutos, accesorios y abonos de menoscabos, no la desconoció y como justo título o cosa legal hábil para la adquisición del derecho, con buena fe, requisitos necesarios para que la acción naciese...» Más recientemente, encontramos las SSTs de 7 de octubre

(1) Postura defendida, entre otros, por GARCÍA VALDECASAS, «La acción publiciana en nuestro Derecho vigente», en *ADC*, 1948, págs. 78 y sigs., y ALBALADEJO, «La prescripción de la acción reivindicatoria», en *ADC*, 1990, págs. 25 y sigs.

(2) Defienden esta postura: CASTÁN, *Derecho Civil Español, Comun y Foral*, tomo II, vol. 1, ed. Reus, Madrid, 1987, págs. 221 y sigs.; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Madrid, 1981, págs. 61 y 62.

(3) Entre los defensores de esta tesis se encuentran: Díez PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 113-114; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III, ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 298-302; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, vol. 1, Barcelona, 1978, págs. 252 y sigs.; CUESTA SÁEZ, *La acción publiciana*, Madrid, 1984; VALPUERTA FERNÁNDEZ, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

de 1982 (4) y 13 de enero de 1984, de las que también se deduce la posibilidad de existencia autónoma de esta acción basada en el mejor derecho a poseer, siempre que se tenga esa posesión de buena fe, con justo título, en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, es decir, la posesión *ad usucapionem*.

B) En otras sentencias parece que el Tribunal Supremo se inclina por admitirla, si bien como faceta o subespecie de la reivindicatoria. Entre estas sentencias encontramos las SSTs de 21 de febrero de 1941, 23 de febrero de 1954, 6 de marzo de 1954 y 7 de octubre de 1982. Destacamos, por todas, las palabras de la STS de 21 de febrero de 1941, que fue la precursora de esta tesis: «Si bien la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala han dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la acción publiciana, no con la fisonomía originaria y peculiar que ostentó en Derecho romano sino como una de las facetas de la reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa a quien la posea con menor derecho...»

Pues bien, la doctrina de la sentencia que se comenta coincide plenamente con esta tesis, la acción publiciana es posible, pero como faceta de la reivindicatoria. En aquellos supuestos en los que la prueba del dominio es imposible, debe rebajarse esa prueba, bastando la de la posesión *ad usucapionem* para justificar la restitución de la cosa, basada en su mejor derecho a poseer (con justo título y buena fe).

No comparto la doctrina de esta sentencia, ni en general la tesis de que la acción publiciana es una faceta o especie de reivindicatoria, embebida en la misma. Si admitimos esta tesis hay que admitir que uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia en cuanto a la viabilidad de la reivindicatoria: prueba del dominio del demandante ha sido modificado (5). En vez de probar el dominio, se admite (con base en accionar a través de la publiciana —hermana menor de la reivindicatoria—) la prueba del mejor derecho a poseer. Existe una rebaja, o relajo en cuanto al requisito indispensable para que prospere la reivindicatoria, de la prueba del dominio. Es cierto, como mantiene la STS de 7 de octubre de 1982, que «esa atenuación del rigor probatorio no supone su supresión», pero, que duda cabe de que sí implica su modificación.

Por lo tanto, modificado uno de los requisitos esenciales de la reivindicatoria, ¿debemos seguir manteniendo que se trata de una acción reivindicatoria la que procede en estos casos? ¿No sería más lógico considerar que, en determinados supuestos, lo procedente es una acción distinta de la reivindicatoria, llamada publiciana, porque para que prospere no es necesario el requisito de prueba del dominio, sino otro: prueba del mejor derecho a poseer? La misma

(4) Admite la posibilidad de dicha acción, si bien la relaciona, a continuación, con la reivindicatoria.

(5) En este sentido, afirmando la necesidad de prueba del dominio del actor en la reivindicatoria, véanse las siguientes SSTs: 15 de febrero de 2000, 23 de octubre de 1998, 30 de octubre de 1997, 30 de abril de 1997, 28 de marzo de 1996, 26 de mayo de 1994, 24 de enero de 1992 y 31 de enero de 1976. Y en concreto, la STS de 21 de mayo de 1992 afirma que para que prospere la acción reivindicatoria es esencial que «el reivindicante esté asistido de títulos necesarios, eficientes y suficientes de dominio, es decir, se le impone que «pruebe cumplidamente su relación dominical sobre la finca que reclama».

sentencia de 1982 citada admite la acción publiciana como subespecie de la reivindicatoria como «excepción basada en razones de utilidad». Esas razones de utilidad son facilitar la prueba del dominio, pero hasta tal punto que lo que se prueba no es el dominio, sino una posesión como dueño, una posesión de hecho, basada, eso sí, en un título. ¿No hemos cambiado uno de los requisitos fundamentales de la reivindicatoria? Si es así, desde mi punto de vista ya no estamos ante una reivindicatoria, sino una acción distinta, que es precisamente la publiciana.

Mantengo, entonces, que la acción publiciana tiene cabida como acción independiente, pues los supuestos de hecho que le dan lugar son bien distintos de los de reivindicatoria. En este caso no se trata de un dueño que ha perdido la posesión de la cosa, sino de un poseedor, que por llevar mucho tiempo (casi dueño) poseyendo, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño, merece una defensa propia de su estado. Se ha hecho merecedor de una acción distinta derivada directamente de su mejor derecho a poseer, frente a quien le arrebató su posesión, basándose en su título más válido, diferenciándose así de la mera defensa interdictal que sólo se fija en el hecho posesorio.

Creo que la posesión durante mucho tiempo y en concepto de dueño genera un estado posesorio basado en un título, que por la propia intención del legislador debe quedar protegido por una acción propia. Pues del 446 del Código Civil, en conjunción con los ya citados 445 y 1.970 creo que cabe una defensa propia de este poseedor casi dueño. Y de lo que no me cabe ninguna duda es que no podemos tener una acción (reivindicatoria) en defensa de la propiedad, que varíe sus presupuestos para amparar un supuesto de hecho distinto, y a un sujeto distinto: el poseedor que no es dueño, aunque sea un poseedor muy especial. Ya no sería una acción en defensa del dominio, sino también en defensa de la posesión.

Por todo esto, y siempre desde mi punto de vista, la doctrina de esta sentencia no es acertada, y considero que sería preferible dar cabida a la acción publiciana como acción independiente en defensa de la posesión civil, en concepto de dueño, en todos aquellos casos en los que la pretensión se fundamente en el hecho posesorio, en una posesión de hecho especial, pues deriva de un título que le confiere un mejor derecho a poseer.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO. NO PROCEDE DE UNA COSA QUE FORMA PARTE DE UNA COMUNIDAD HEREDITARIA.—COMUNIDAD HEREDITARIA. PARTICIÓN DE LA HERENCIA. CONCEPTO, JURISPRUDENCIA, EFECTO; NO CABE LA DIVISIÓN DE UN BIEN CONCRETO ANTES DE LA PARTICIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia presentaron los actores demanda contra cuatro personas, solicitando que se dictara sentencia