

La acción Publiciana en el Código Civil y Comercial

Sergio Nicolás Jalil

I. Introducción: la acción Publiciana en el Derecho Romano

Sabido es que probablemente un pretor de nombre Quinto Publicio, introdujo en el año 67 a.C. en el Edicto la *actio Publiciana*¹.

Esta acción, si bien no parece haber sido utilizada antes del Principado (Cicerón no habla de ella), se habría creado para defender a quien recibió una *res mancipi* mediante *traditio ex causa emptio*, sin haber realizado la pertinente *mancipatio* ni la *in iure cessio*.

Era una acción ficticia: la plataforma fáctica que constituía la *fictio* era el paso del tiempo para usucapir; el pretor, al conceder la fórmula requerida por el disponente que había perdido la posesión de la cosa, ordenaba al *iudex* que juzgara fingiendo que ya había transcurrido el tiempo necesario para la *usucapio*.

Así, en el caso de que en la relación del reclamante con la cosa existieran todos los demás elementos para la *usucapio*, el *iudex*, simulando que el único requisito que faltaba (el paso del tiempo) se había ya verificado, juzgaba como si el disponente hubiera pasado ya a ser titular, por la *usucapio*, del derecho de propiedad quiritaria.

De este modo, Gayo en sus Institutas (IV. 36) nos informa: “(También en la acción que se llama Publiciana se finge una ‘*usucapio*’). Esta acción es dada a aquel que habiéndose hecho ‘*traditio*’ de una cosa en virtud de una ‘*iusta causa*’, pero que aún no ha usucapido, reclama la misma por haber perdido la posesión. En efecto, como no puede pretender que la cosa sea suya ‘*ex iure quiritium*’, se finge que ha usucapido la cosa y la reclama como si se hubiera hecho propietario ‘*ex iure quiritium*’, por ejemplo de ese modo: ‘Que haya un *iudex*. Suponiendo que

¹La literatura romanística, desde el siglo XVI indica a varios pretores (aparte de Quinto Publicio), como M. Publicius Malleolus, cónsul en el año 23 a.C. Los Publicii, recordados en inscripciones y que desempeñaron magistraturas, son numerosos en la historia romana. Cfr. Volterra, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 392.

Aulo Agerio hubiese poseído durante un año el esclavo que compró y del cual se le hizo la *traditio*, entonces ese esclavo por el que se acciones debería ser suyo '*ex iure quiritium*'².

Shultz nos brinda los supuestos en que la acción podía ser aplicada.

Primero el caso en que el dueño quirritario de una *res mancipi* vendió y transmitió ésta por *traditio* a B. B era mero poseedor de la cosa, pero podía adquirir la propiedad quirritaria mediante *usucapio*, si permanecía en posesión de dicha cosa durante uno o dos años. Sin embargo, antes de transcurrir el *tempus usucapionis* B pierde la posesión y la cosa va a parar a manos de C. B pretende recobrar de C la cosa, pero no podía utilizar contra éste la *reivindicatio* por no ser dueño quirritario. En cambio, podía ejercitar la *actio Publiciana*.

El segundo supuesto se da cuando un no propietario de una *res mancipi* o *nec mancipi*, la vende y transmite por *traditio* a B. B pierde más tarde la posesión de dicha cosa la cual pasa a ser posesión de C. B puede demandar a C con la *actio Publiciana*. En este caso el juez, a diferencia del anterior, no tenía que determinar solamente si la cosa había sido transmitida a B, sino que también si B había procedido o no de buena fe, y, además, si la cosa era susceptible de ser usucapida (por no ser una *res futivavel vi poseesa*). En este caso, podía por supuesto el demandado C, ser propietario quirritario y como el pretor no desea en modo alguno privar de su propiedad al dueño quirritario, C podía pedir la inserción de una *exceptio dominii* en la correspondiente fórmula

La fórmula edictal se aplicaba a ambos casos y fue adaptada a otros similares. Si B había adquirido la posesión por una *traditio donationis causa, dotis causa, solutionis causa*, o si B poseía *pro legato (per vindicationem)* o *pro derelicto*, le era otorgada una *actio Publiciana* y en todos estos casos, B era un *possessor ad usucapionem*³.

A la *actio Publiciana* se la podía ejercer contra todo aquél que le arrebatara la cosa. Si se trataba del "propietario civil" y éste oponía la *exceptio iustitiamini*, el que reclamó por la acción *Publiciana* tenía la *replacatio reivenditae et traditae* (o la *replacatio doli*). También la podía ejercitar aún cuando la hubiera comprado a alguien que no fuera el dueño (*a non dominio*), pero no, entonces contra el verdadero "propietario civil", quien hacía prevalecer la *exceptio iustitiamini*⁴

Ahora bien, habiendo hecho un mero repaso de la *actio Publiciana* en el Derecho Romano, cabe ahora centrarnos en el objeto del trabajo.

² La fórmula expuesta por Gayo era la siguiente: "*Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emite et is e traditus est, annopossedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret, et reliqua.*"

³ Schulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960, p. 360-361.

⁴ Di Pietro, Alfredo, *Institutas de Gayo. Texto traducido, nota e introducción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 669.

En tal sentido, es sabido que en el Código de Vélez no había regulación específica alguna sobre la acción Publiciana. La única acción prevista para recuperar la posesión de una cosa propia era la reivindicatoria.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en gran parte, mantiene las regulaciones básicas sobre las acciones reales que hacía el cuerpo vigente hasta el año 2015.

Particularmente confirma la postura de no mencionar a la acción Publiciana.

Pero lo que se intentará plasmar en las líneas que siguen es que en verdad la acción Publiciana aparece implícitamente en el nuevo cuerpo legal, al igual que lo hacía en el anterior Código.

II. La acción Publiciana en el nuevo Código

El título 13 del Libro cuarto del CCyC, que lleva como título “Acciones posesorias y acciones reales” se divide en dos capítulos: el capítulo 1 dedicado a la defensa de la posesión y la tenencia, y el capítulo 2 a las defensa del derecho real. El capítulo 3 regula las relaciones entre ambas.

Como se advierte, el nuevo cuerpo descarta la ubicación que tenían las acciones posesorias en el Código de Vélez, que las regulaba separadamente de las acciones reales.

En este contexto, cabe decir que las acciones reales son las vías judiciales que el ordenamiento jurídico brinda a los titulares de derechos reales para que los defiendan de las perturbaciones que pueden sufrir.

A través de un juicio en el que se ventila el derecho (*iuspossidendi*), proceso en el cual el actor goza de amplitud de defensa y prueba y que termina con una sentencia dotada de carácter definitivo sobre el derecho de poseer.

Se tratan de acciones declarativas del respectivo derecho real, pero también de condena. Así, la sentencia que se dicte en una reivindicatoria condenará al demandado a restituir la cosa; en una negatoria al cese de la perturbación; en la confesoria al cese del impedimento. Además del pago de daños y perjuicios, restitución de frutos, etc.

De esta manera, el nuevo Digesto norma en su artículo 2247 que “Las acciones reales son los medios de defender la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio. Las acciones reales legisladas en este Capítulo son la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde. Las acciones reales son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva.

Como claramente se advierte, nada se dice sobre la *actioPubliciana*.

Mas repasando el articulado del nuevo cuerpo normativo, se vislumbra que en materia de prueba en juicios reivindicatorios de cosas inmuebles (además de otras cuestiones sobre la materia), el nuevo ordenamiento reproduce las disposiciones del Código de Vélez.

En tal sentido, el art. 2256 del CCyC resulta muy similar a los arts. 2789 a 2792 del Código Civil sancionado por la ley 340.

Para lo que aquí interesa, el inciso d) de dicho artículo (que habla respecto de la prueba en la reivindicación de cosas inmuebles), establece la siguiente regla: “si los derechos del actor y del demandado emanan de diferentes antecesores, sin que se pueda establecer cuál de ellos es el verdadero propietario, se presume que lo es el que tiene la posesión”.

El análisis de dicha regla nos remite indudablemente al artículo 2792 del Código de Vélez (ubicado obviamente en el capítulo de la acción reivindicatoria dentro del título de las acciones reales), el cual reglaba casi de idéntico modo al que lo hace la actual norma, lo siguiente: “Cuando el demandado y el demandante presenten cada uno títulos de adquisición que ellos hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellos era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión”.

En tales circunstancias, y a raíz de la semejanza mencionada entre ambas normas, cabe remontarse y recordar un interesante artículo de doctrina publicado en la revista La Ley en el año 1979 por Guillermo Allende y titulado “La acción reivindicatoria del artículo 2792 del Código Civil (no es tal, sino publiciana)”⁵.

Como se desprende del título de dicho trabajo, el autor allí planteaba que el artículo 2792 del Código de Vélez Sarsfield encubría una acción Publiciana; lo que implica que el inc. d) del art. 2256 del CCyC también lo hace.

En efecto, en la nota al artículo 2792, Vélez expresaba: “La escuela de los Proculeyanos sostenía que en el caso del artículo debía preferirse al del título más antiguo que hubiese primero tomado posesión de la heredad, pero prevaleció la escuela de los Sabinianos que enseñaba que debía preferirse al que tenía la posesión de la cosa”.

A su vez, en dicha nota el codificador mencionó como sustento y fuente de la norma, el título 2 del Libro VI del Digesto “De publiciana in rem accione”, en particular el fragmento 9, párrafo 4.

⁵ Allende, Guillermo L., “La acción reivindicatoria del artículo 2792 del Código Civil (no es tal, sino publiciana), La Ley, 1979-C, p.1080-1086.

Allí, Ulpiano en comentarios al Edicto, libro XVI, dice: “Si alguien hubiera vendido por separado una cosa a dos que la comprasen de buena fe, veamos quién pueda usar preferentemente de la acción Publiciana, si aquel a quien primero fue entregada la cosa, o el que tan sólo la compró. Y escribe Juliano en el libro séptimo del Digesto: que si verdaderamente hubieren comprado a uno mismo, que no era dueño, sea preferido aquel a quien primero se entregó; pero si a diversos, que no eran dueños, sea mejor la condición del que posee, que la del que pide, cuya opinión es verdadera”.

Esa sería la postura prevaleciente de los Sabinianos que Vélez citaba en la nota del art. 2792. La opinión de los Proculianos se refleja en Digesto 19,1, 31, 1 a través de Neracio: “Cada uno de nosotros compró la misma cosa de quien no era su dueño, y haciéndose sin dolo malo la compra y venta, se entregó; ya si la compramos del mismo, ya si de distinta persona, ha de ser amparado de nosotros el que primero se apoderó del derecho de la misma, esto es, aquél a quien primeramente fue entregada; pero si uno de nosotros la hubiese comprado de su dueño, este debe ser en todos los casos amparado”.

Es decir, para los Proculianos, cuando tanto el demandante como el demandado presentan, cada uno de su lado un título de adquisición de personas diferentes, sin que ninguno pueda establecer que de la persona de quien la ha adquirido fue el propietario de la heredad, se debería preferir al que tuviera el título más antiguo y que al propio tiempo el primero que hubiese sido colocado en posesión de la heredad.

En cambio, la postura prevaleciente de los Sabinianos sostiene que debe decidirse el caso a favor del que se halla en posesión de la cosa.

Ahora bien, como se ve, el supuesto que plantea el inc. d) del art. 2256 –al igual que lo hacía el art. 2792 del Código de Vélez- parte de la premisa de que los derechos (léase los títulos de adquisición del dominio) emanan de diferentes antecesores y, que a su vez, no puede establecerse cuál de ellos es el verdadero propietario.

Es decir, la primera cuestión que plantea el inciso consiste en practicar el examen de los títulos de las partes, para ver si alguna de ellas ostenta un mejor título.

Pero en caso de que se dé ese supuesto, triunfará en el juicio quien tenga la posesión actual de la cosa.

Así, la regla se basa en el principio *in pari causa mellorestcondictiopossidentis*

En esta línea, puede decirse que si se encuentran reunidas dichas circunstancias fácticas, el demandante que ejerce la acción reivindicatoria en los términos del art. 2256 inc. d) del CCyC adquirió la cosa de quien no puede probar que era el propietario.

En consecuencia, y técnicamente hablando, tampoco entonces él obtuvo propiamente el dominio de la cosa en virtud del principio *nemo plus iuris* (receptado en el art. 399 del CCyC), condición necesaria para la procedencia de la *actio* reivindicatoria. Ello, ya que nadie puede dar a otro lo que él no tiene (*nemodatquod non habet*).

De este modo, en un juicio en el que se aplique el inciso analizado no se discutirá sobre la propiedad de la cosa, sino únicamente sobre la posesión.

Si ninguna de las partes puede acreditar que tiene un mejor título que la otra, entonces corresponde que quien ostenta la posesión de la cosa permanezca con ella.

Por eso, la regla que establece el inc. d) del art. 2256 es idéntica a la solución brindada por Ulpiano, que se recepta en D. 6, 2, 9, 4, esto es, en el título correspondiente a la acción Publiciana.

La diferencia entre la acción reivindicatoria y el supuesto que prevé el inciso analizado es que en aquella se discute una situación de derecho (la propiedad de la cosa); mientras que en ésta una situación de hecho (quien ostenta la posesión actual de la heredad).

En tal sentido, la consecuencia práctica que preveía Allende al analizar el art. 2792 del Código de Vélez era la siguiente. El actor, en atención a que aquí no está en juego la propiedad sino solamente la posesión, vencido en el juicio anterior por cualquier razón, entra en posesión del inmueble y el despojado, anterior triunfador en la llamada acción reivindicatoria, inicia ahora la acción real en los términos del inc. d) del art. 2256. Como la situación de hecho va a ser exactamente la misma que en el caso anterior –pero invertidas las posiciones de las partes- y el derecho invocado va a ser el mismo, resultará ahora vencedor también el demandado, quien había perdido el anterior juicio, porque es quien ostenta la posesión actual de la cosa.

En atención, cabe preguntarse qué efectos tiene la sentencia dictada en un juicio reivindicatorio en el que se aplica la regla de prueba contenida en el inc. d) del art. 2256.

El auto de mérito se limitaría a declarar, en caso de que no pudiera determinarse cuál de las partes tiene un mejor título, que el demandado tiene derecho a poseer la cosa porque es quien lo hace en la actualidad; pero ello no podría hacer cosa juzgada sobre quien tiene el derecho de propiedad de la cosa.

Es verdad que ello generaría (y se advierte en el supuesto planteado por Allende) una difícil situación de inseguridad jurídica, en el que el accionar de la justicia se circunscribiría a determinar lo obvio, que el reivindicado ejercer la posesión de la cosa y, por lo tanto, debe quedarse con la misma.

Por eso, para que ello no suceda, el estudio de los derechos de las partes sobre la cosa deberá ser riguroso, disminuyendo que la carga de la prueba recaiga únicamente sobre el actor, y basándose en el principio de colaboración entre las partes.

En consecuencia, cabe decir que la presunción que prevé el inc. d) del art. 2256 *esiuris tantum*. Si no se puede establecer quién es el verdadero propietario de la heredad, se presume que es el que tiene la posesión. Pero dicha circunstancia puede rebatirse si el actor prueba que él tiene una mejor posesión.

En tal sentido, cabe traer la discusión que se suscita en el Derecho español. Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia de dicho país se plantean si la acción Publiciana sigue teniendo hoy aplicación a favor de quien tiene un mejor derecho a poseer. La cuestión debatida es, si el que ha perdido la posesión hace más de un año (pues, en otro caso, tendrá la protección interdictal a través de las interdictos o acciones posesorias, arts. 446, 460 CC español y art. 250.1.4º Lec), puede recuperar la cosa frente a quien no es propietario ni tiene mejor condición posesoria o si, por el contrario, la desposesión por un tiempo superior al año deja sin protección alguna a quien poseía. Este tema interesa tanto al poseedor, al que se arrebató su posesión cuando lleva varios años de tenencia de una finca sin haber alcanzado el plazo para usucapir, como al propietario que carece de título escrito a quien puede serle difícil probar su posesión durante el plazo para usucapir.

La doctrina española se ha dividido en tres opiniones diferentes, así, algunos autores (DÍEZPICAZO, PUIG BRUTAU) la admiten como una acción independiente. Otros autores (como, por ejemplo, CASTÁN) consideran que la acción publiciana no tiene una existencia autónoma en ese ordenamiento sino que está embebida en la propia acción reivindicatoria al haberse flexibilizado –por vía jurisprudencial– la prueba del dominio, bastando demostrar tener mejor derecho que el poseedor para reivindicarla. Lo que, en definitiva, es acoger la acción publiciana en el seno de la reivindicatoria. Finalmente, para otros (ALBALADEJO, LACRUZ) la acción no es admisible en ese derecho, indicando LACRUZ que no hay duda de que existe una laguna normativa entre la tutela de la propiedad y la tutela de la posesión interdictal que será necesario colmar por los medios autorizados por el Código civil.

La jurisprudencia española, por su parte, viene admitiendo la aplicación de la acción Publiciana ya sea como una acción autónoma [(SSTS de 13 de enero de 1984 (RJ 1984, 343), de 5 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1838), de 29 de julio de 1988 (RJ 1998, 6450) y de 30 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4833)] o ya sea como una faceta de la acción reivindicatoria al haberse atenuado la

prueba del dominio [(SSTS de 5 de octubre de 1998(RJ 1998, 7328), de 8 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8066)].

Lo que deriva de lo dicho hasta aquí es que, en consonancia del análisis del inc. d) del art. 2256 del CCyC, la jurisprudencia española ha amparado el mejor derecho a poseer, conforme a la tradición romana, siempre que se trate de una posesión exclusiva, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño. La acción, ejercitada frente al poseedor de inferior derecho, puede reclamar la cosa, alegando y probando su mejor derecho.

Esta es la función cubierta por la acción publiciana del Derecho español⁶.

En definitiva, por todos los fundamentos vistos, se observa que efectivamente el inc. d) del art. 2256 tiene como fuente y antecedente la *actio* Publiciana del Derecho Romano.

⁶ Cfr. Pérez Álvarez, María del Pilar. *La función social de la propiedad. Su protección jurídica*, RJUAM, nº 30, 2014-II, pp. 17-47

Conclusiones

1) La regla de prueba sobre la acción reivindicatoria respecto de cosas inmuebles contenida en el inc. d) del art. 2256 del CCyC, es reproducción del art. 2792 del Código de Vélez.

2) En consecuencia, dado a que en la nota al art. 2792 el codificador citaba el título del Libro VI del Digesto correspondiente a la acción Publiciana, dicho texto romano también es fuente del inc. d) del art. 2256 del CCyC.

3) Como lo explica Vélez en dicha nota, la regla contenida en dicho inciso toma la posición de los Sabinianos, exhibida por Ulpiano en D. 6, 2, 9, 4.

4) El supuesto que plantea el inc. d) del art. 2256 –al igual que lo hacía el art. 2792 del Código de Vélez- parte de la premisa de que los derechos (léase los títulos de adquisición del dominio) emanan de diferentes antecesores y, que a su vez, no puede establecerse cuál de ellos es el verdadero propietario. Es decir, la primera cuestión que plantea el inciso consiste en practicar el examen de los títulos de las partes, para ver si alguna de ellas ostenta un mejor título. Pero en caso de que se dé ese supuesto, triunfará en el juicio quien tenga la posesión actual de la cosa. Así, la regla se basa en el principio *in pari causa mellorestcondictiopossidentis*.

5) Si ninguna de las partes puede acreditar que tiene un mejor título que la otra, entonces corresponde que quien ostenta la posesión de la cosa permanezca con ella; de acuerdo a la postura de los Sabinianos al comentar sobre la acción Publiciana.

6) La sentencia dictada de acuerdo al inciso analizado se limitaría a declarar, en caso de que no pudiera determinarse cuál de las partes tiene un mejor título, que el demandado tiene derecho a poseer la cosa porque es quien lo hace en la actualidad; pero ello no podría hacer cosa juzgada sobre quien tiene el derecho de propiedad de la cosa.

7) La presunción que prevé el inc. d) del art. 2256 es *iuris tantum*. Si no se puede establecer quién es el verdadero propietario de la heredad, se presume que es el que tiene la posesión. Pero dicha circunstancia puede rebatirse si el actor prueba que él tiene una mejor posesión.

8) En consonancia con el análisis del inc. d) del art. 2256 del CCyC, la jurisprudencia española ha amparado el mejor derecho a poseer, conforme a la tradición romana, siempre que se trate de una posesión exclusiva, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño. La acción, ejercitada frente al poseedor de inferior derecho, puede reclamar la cosa, alegando y probando su mejor derecho.