

## **LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD.**

Básicamente las acciones que protegen el dominio son:

- a) La acción de mera declaración
- b) La acción reivindicatoria
- c) La acción publiciana
- d) La acción Negatoria

A la acción negatoria no nos referimos porque se estudia en el tema siguiente. Aquí nos referiremos únicamente a la polémica sobre la subsistencia de la acción publiciana, a la acción de mera declaración o constatación y a la acción reivindicatoria, si bien hay otro tipo de acciones que, se ha indicado por la doctrina, también defienden la propiedad como las acciones de cerramiento de fincas, las acciones de deslinde y amojonamiento y los interdictos de obra nuevas y de obra ruinosas.

### **LA ACCIÓN PUBLICIANA: Polémica sobre su subsistencia.**

La acción publiciana (*publiciana in rem actio*) - llamada también algunas veces *vindicatio utilis* - era un remedio concedido por un pretor Publicio a aquellos que, habiendo adquirido con buena fe y justo título una cosa, y antes de haber consumado a su favor la usucapión, perdían la posesión de ella, para que pudieran dirigirse contra cualquier detentador que tuviese título inferior al suyo. Con esta acción se protege al poseedor de mejor derecho frente a otro poseedor de peor derecho. Descansaba en una ficción jurídica, cual es la de suponer el pretor que el poseedor demandante había ya cumplido la usucapión.

La acción publiciana y la reivindicatoria coinciden casi en absoluto, pero difieren en cuanto a sus condiciones de ejercicio. El promovedor de la reivindicatoria debe probar su dominio mientras que el de la publiciana cumple con demostrar que tiene una posesión hábil para la usucapión. La reivindicatoria puede ejercitarse contra cualquier detentador, mientras que la publiciana sólo puede ser dirigida con éxito contra el detentador sin título o con título inferior al del demandante.

Suele estudiarse la acción publiciana, quizás por esa razón, cuando se estudia el problema de la prueba del dominio para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria. Sin embargo, verdaderamente la cuestión problemática es la de si la acción publiciana pervive en nuestro ordenamiento jurídico.

Las posturas doctrinales se pueden resumir en tres:

- 1) La acción publiciana subsiste como acción propia e independiente de la reivindicatoria. Tal acción permite al poseedor despojado, no propietario, reaccionar frente al despojo, más allá de los límites del interdicto de recobrar. Sería la acción que compete al poseedor civil de una cosa contra el que la posee, con título o sin él, pero con menor derecho, para que la sea restituida con sus frutos y accesorios. Esta tesis es defendida por DÍAZ PICAZO y seguida por PUIG BRUTAU.

DÍAZ PICAZO considera que "la solución negativa dejaría reducida la protección del poseedor despojado al simple interdicto de recobrar, con su perentoria prescripción anual", solución que debe ser superada. "La afirmación del mejor derecho a poseer tiene en nuestro ordenamiento jurídico fundamento en una serie de preceptos legales, en los que puede apoyarse la acción en cuestión". Estos textos son, señaladamente, el artículo 445 del Código Civil, que habla de un juicio en el que "se decide sobre la posesión", y también lo apoyaba en el artículo 1658-3º de la LEC de 1881, en el cual se aludía también a uno sobre la "posesión definitiva", identificable como el llamado en la legislación antigua "juicio plenario de posesión".

PUIG BRUTAU argumenta mediante la reducción al absurdo: "debe tenerse en cuenta que la sentencia fundada en la prueba más rigurosa del dominio del actor sólo tiene fuerza de cosa juzgada entre él mismo y demandante (art. 1252 del CC); por lo que no excluye la posibilidad de que un tercero demande a su vez al que ha sido actor en otro litigio y le venza en el ejercicio de la acción reivindicatoria o declarativa de domini. La sentencia recaída en el anterior litigio sólo habría tenido el valor de reconocer un mejor derecho a poseer del demandante frente al entonces demandado, incluso en un sistema jurídico que hubiese pretendido excluir el ejercicio de la acción publiciana"

Esta orientación es seguida en la Jurisprudencia por las sentencias de 26 de octubre de 1931<sup>1</sup> y 6 de marzo de 1956<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En este litigio los demandantes habían pedido expresamente en el suplico de la demanda que, caso de no darse lugar a la acción reivindicatoria, se declarase que eran ellos quienes tenían mejor derecho a poseer que la demandada. El TS declara a este propósito que siendo la acción publiciana "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 abono de menoscabos", el tribunal de instancia "no la desconoció, y, por el contrario, se atemperó a ella estimando como justo título o causa legal hábil para la adquisición del dominio, con buena fe, requisitos necesarios para que la acción naciera, la posesión quieta, pacífica y continuada de la finca en cuestión, por don... y después, a la muerte de éste, en 1914, por su viuda e hijos, que continuaron poseyéndola hasta que a la Compañía demandada le fue adjudicada en procedimiento ejecutivo, siendo un error sostener que tan repetida acción sólo procede contra el detentador, pues como ya se dijo, es también pertinente contra el poseedor con título, pero de inferior eficacia al que la promueve".

<sup>2</sup> En esta Sentencia el TS declaró que "tanto la acción reivindicatoria como la publiciana se hallan amparadas en el segundo párrafo del art. 348 del C" y que la presentación del título no es indispensable en la acción publiciana.

- 2) La acción publiciana no subsiste como acción independiente, sino que vive embebida en la reivindicatoria que, tal y como está construida por nuestra doctrina y por nuestra jurisprudencia, no exigiría la prueba rigurosa del dominio sino que bastaría probar el mejor título del actor, que puede derivar de la mera posesión en cuanto crea una presunción de título.

Esta es la doctrina sostenida principalmente por CASTÁN TOBEÑAS, quien opina que "desde el momento que ha quedado atenuada, por obra de la doctrina científica y la Jurisprudencia, la exigencia de la prueba del dominio del actor, y se estima, muchas veces, que para ejercitar la reivindicación basta acreditar la preferencia del derecho del propietario sobre el del mero poseedor, puede afirmarse que la acción publiciana está en cierto modo embebida en la acción de dominio.

Esta postura es seguida por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1941<sup>3</sup>.

- 3) La acción publiciana carece de referencia o alusión en nuestro derecho positivo, e incluso de justificación porque una cosa sería suavizar la prueba del dominio del reivindicante, en lo que podía admitirse que fuera suficiente acreditar la probabilidad o la presunción de que el actor sea dueño, y otra cosa admitir que pueda reivindicar quien no es dueño sobre la base de que tiene mejor derecho que el actual poseedor. Esta postura es mantenida por ALBADALEJO, GARCÍA VALDECASAS, DE DIEGO LARA y TRAVIESAS, entre otros.

ALBADALEJO, después de analizar las distintas opiniones, sostiene que la acción publiciana no está admitida en nuestro Derecho como tal. Tampoco está embebida en la reivindicatoria, pues una cosa es facilitar la prueba del dominio, y otra permitir que reivindique el que no pruebe (utilizando las facilidades que sea) ser dueño. Eso no debe negarse categóricamente a la vista del artículo 348, 2, del Código Civil ("El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla).

Este mismo autor opina que su embebimiento en la reivindicatoria no necesita de más pruebas para ser negado. Sin embargo, matiza que otra cosa es que se diga que el papel de la antigua publiciana lo cumple hoy *en la práctica* una reivindicatoria en la que no se exija la prueba rigurosa del dominio.

La moderna Jurisprudencia admite la existencia de la acción publiciana, reconociendo su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico como medio para defender el mejor derecho de poseer, admitiendo la posibilidad de que se ejercite subsidiariamente con la acción reivindicatoria, si bien siempre deberá pedirse

---

<sup>3</sup> Esta sentencia admite la acción publiciana, pero "no con la fisonomía originaria y peculiar que ostentó en el 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".

expresamente, negándose la posibilidad de que los Jueces o Tribunales la puedan admitir por el mero ejercicio de la acción reivindicatoria.

En los últimos años pueden destacarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982, 13 de enero de 1984, 15 de febrero de 1991, 12 de mayo de 1992 y 29 de julio de 1998.

En la Sentencia de 7 de octubre de 1982 el Tribunal Supremo admite la existencia de la acción publiciana, pero considera que es menester que se alegue expresamente.

La Sentencia de 13 de enero de 1984 sigue la de 21 de febrero de 1941 que considera a la acción publiciana como una faceta de la acción dominical, que corresponde al poseedor contra quien lo sea de peor derecho o contra el mero detentador.

La Sentencia de 15 de febrero de 1991 el TS entiende que existe incongruencia en la sentencia de la Audiencia Provincial al entrar a examinar una acción publiciana que no fue ejercitada por los actores, quienes habían ejercitado la acción de mera declaración del carácter ganancial de determinados bienes, dentro de la cual no puede entenderse comprendida, como tiene declarado esta Sala respecto la acción reivindicatoria, la acción publiciana, "**medio de carácter real recuperatorio**".

La Sentencia del TS de 12 de mayo de 1992 sigue la línea de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982.

En la Sentencia de 29 de julio de 1998 el Tribunal Supremo estima que la acción ejercitada por la Comunidad de Propietarios era la publiciana y no la reivindicatoria.

### **LA ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO.**

La jurisprudencia considera incluida en el propio artículo 348 del Código Civil la acción declarativa de dominio, definida por la Sentencia de 21 de febrero de 1941, como aquella que "trata de obtener una mera declaración o constatación de la propiedad que **no exige que el demandado sea poseedor** y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa" o, como decía la Sentencia de 3 de mayo de 1944, una acción que se detiene "en los límites de una declaración o expresión judicial del pretendido derecho, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerla en ulterior proceso".

La acción se caracteriza, pues, porque no se pide la condena del demandado a devolver la cosa o, en otros términos, **no se trata de recuperar la posesión del objeto**. Opina LACRUZ que la diferencia con la reivindicatoria es doble. De una parte la

reivindicatoria, que es acción de condena, tiende a despojar al demandado de la posesión en que se halla de la cosa reivindicada, para restituirla al actor y dueño, lo cual es ajeno a la acción declarativa, que no es recuperatoria y por tanto no requiere que el demandado sea poseedor. Pero además no es de esencia en la acción reivindicatoria, precisa dicho autor, la declaración de propiedad, tema que, en rigor, en tal acción puede no ser controvertido.

En consecuencia, se absuelve al actor de la prueba de la posesión del demandado, y no exige que este demandado carezca de derecho para tenerla en su poder frente al reivindicante.

Estas consideraciones las repiten numerosas sentencias. "La tutela del derecho de propiedad - dice, entre otras, la de 12 de junio de 1976 - se obtiene especialmente a través de dos acciones distintas, aunque muy enlazadas y frecuentemente confundidas: la propiamente reivindicatoria, que constituye medio de protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, y va dirigida fundamentalmente a la recuperación de la posesión; y la acción meramente declarativa, la cual no requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas en ulterior proceso, pues si a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su finalidad esencialmente declarativa, nunca esa medida se traducirá, dentro del proceso incoado, en reintegración de una posesión detentada".

Resulta interesante en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999, fundamento jurídico tercero, en donde se indica que es necesario que la propiedad o dominio sea puesto en duda o disentido, declarando: "La acción declarativa de dominio exige para su viabilidad la concurrencia de todos los requisitos requeridos para la reivindicatoria, excepción hecha de que el demandado sea poseedor; como dice la Sentencia de 8 de noviembre de 1994 <<este tipo de pretensiones (las de las acciones mero declarativas) no intentan la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o disentida; no buscan, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad para ello; debe existir la duda o controversia y una necesidad de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica, la parte contraria no se opone al Derecho>>".<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> En este caso el TS destaca que la Administración Pública demandada no ha puesto en duda o controvertido el derecho dominical de la actora sobre las citadas fincas. "No se da, por tanto, esa inseguridad jurídica que,....., hace necesaria la demanda de tutela frente a quien disiente o niega aquél. Siendo el verdadero objeto de la controversia existente entre las partes si se ha producido o no una invasión y consiguiente despojo de parte de las fincas de la actora por la Administración demandada su pretensión de defensa de su derecho de propiedad queda suficientemente satisfecha mediante la acción reivindicatoria, acumulativamente ejercitada, sin que sea necesario el ejercicio de la acción declarativa del dominio de la totalidad de las fincas que, se repite, no ha sido puesto en duda por la demandada; en consecuencia procede la desestimación del motivo".

El éxito de la acción declarativa de dominio descansa, por lo tanto, sobre tres elementos que han de concurrir, a saber:

- 1) acreditarse el hecho jurídico que da existencia a la propiedad,
- 2) la actuación del titular
- 3) y la identidad de la cosa.

Una de las principales finalidades que puede perseguirse con la acción de mera declaración es la de evitar la adquisición del dominio por la usucapión del *Usatge Omnes causae*, recogido en el artículo 342 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña que establece un plazo de usucapión o prescripción adquisitiva de 30 años para los bienes inmuebles y de 6 años para los bienes muebles.<sup>5</sup>

### **LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.**

Vicente Luís Montes define la acción reivindicatoria como "la acción que puede ejercitar el propietario que no posee contra el poseedor que frente al propietario, no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión". En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1954, según la cual la acción reivindicatoria se caracteriza por la presencia de un propietario no poseedor que exige la restitución de la cosa del poseedor no propietario.

La expresión <<posesión>> se utiliza en sentido amplio, como se deriva de la propia expresión literal del artículo 348 del Código Civil, que debe ser leída en relación con preceptos como el artículo 430 del propio Código, en el que se califica de posesión tanto a la natural como a la civil, el 441, de cuya lectura se infiere que el ejercicio de la acción es el único remedio de que dispone el propietario frente a un poseedor, legítimo o ilegítimo que se resista a entregarle la cosa. El ejercicio de esta acción impedirá que el poseedor sufra la inquietación a que se refiere el artículo 446 del Código Civil.

#### Naturaleza y caracteres.

La acción reivindicatoria es una acción de naturaleza *real*, que puede ejercitarse contra cualquiera que perturbe o lesione la relación en que el titular del derecho se encuentra con la cosa. Es una acción *recuperatoria*, pues su finalidad es obtener la restitución de la cosa. Es una acción de *condena* toda vez que la sentencia que se obtenga, si es favorable, condenará o impondrá al poseedor demandado un determinado comportamiento de restitución.

La acción reivindicatoria fue la *actio in rem* por excelencia. Se refirió a una *res corporalis* (primitivamente la *res mancipi*), que adquiere en la reivindicatoria una sustantividad extraordinaria, ya que, como veremos, la cosa objeto de reivindicación ha de ser corporal y específica.

---

<sup>5</sup> Artículo 342 de la Compilación: "la usucapión del dominio y demás derechos reales sobre cosas inmuebles, incluso las servidumbres no comprendidas en el artículo 283, tendrá lugar por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años sin necesidad de título ni de buena fe. Lo mismo será aplicable al dominio y demás derechos reales sobre cosas muebles, pero el tiempo será de seis años".

## REQUISITOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

Para que prospere la acción reivindicatoria es preciso, según la jurisprudencia, que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identificación de la misma y su detentación o posesión por el demandado, hechos cuya declaración corresponde a los tribunales de instancia.

Los requisitos de la acción reivindicatoria son 1) Título de dominio; 2) Identificación de la cosa; y 3) Posesión por el demandado que no tenga derecho a poseer.

### - 1.- Título de dominio.

Puede acreditarse, según constante jurisprudencia, por los distintos medios de prueba, sin que sea imprescindible la presentación de un título escrito de propiedad.

Ha de tratarse de un título de constitución o de adquisición del derecho de propiedad, lo que, en relación con los preceptos que en nuestro sistema rigen la transmisión del dominio, esencialmente los artículos 609, 1095, 1462 y concordantes del Código Civil, equivale a decir que el <<título de dominio>>, a efectos de la acción reivindicatoria, es en realidad la conjunción de <<título y modo>>, requisitos necesarios para transmisión de la propiedad.

Cuando la adquisición de la propiedad fue originaria, por ocupación o usucapión, basta con probar los hechos correspondientes. Pero, tratándose de adquisición derivativa, con la demostración de haber adquirido el dominio en otro tiempo, y la presunción de que no se ha perdido, no queda suficientemente probado tal dominio. Al contrario, a la demostración de haber adquirido por contrato o sucesión a causa de muerte (adquisición *derivativa*) ha de adicionarse la de ser dueño el transferente, y el de la serie, más o menos larga, de transmitentes anteriores. Tal dificultad probatoria, denominada *probatio diabolica*, la jurisprudencia la ha considerado inconciliable con las exigencias de la práctica, y la ha suavizado mediante el recurso a la usucapión, de tal manera que al actor le bastará probar que ha poseído, quieta pacífica e ininterrumpidamente durante los plazos de prescripción adquisitiva para eludir aquella problemática prueba.

En este sentido, hay que partir de la idea de que las escrituras de partición no pueden conferir más derechos que los que tenía el causante. Por otra parte, en la jurisprudencia se suele rechazar, como prueba de propiedad, la alegación de haberla recibido el demandante por herencia, o de haberle asido adjudicada en la partición, pues el heredero no tiene mejores derechos, o facultades, o posición que el causante, y se hubiera debido probar el dominio de éste. Como dice, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, citando la de 9 de mayo de 1997, "el simple título de heredero no es suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio"; y continúa declarando dicha sentencia, en su fundamento jurídico segundo, "así, en relación con la acción reivindicatoria, cuya diferencia con la declarativa de dominio no está tanto en el título del demandante como en la posición del demandado, poseedor en el caso de la reivindicatoria y no poseedor en el de la

declarativa, tiene reiteradamente declarado esta Sala que el título universal de herencia es insuficiente por sí solo para reivindicar fincas determinadas si no se prueba que formar parte de la herencia (SSTS 11-mayo 1987, 3-junio-1989, 5-noviembre-1992 y 29-junio-1996); y más específicamente en relación con la acción declarativa de dominio, la sentencia de 20 de octubre de 1989 declaró que el mero parentesco con el titular anterior no era suficiente para entender adquirida la propiedad por sucesión testada o intestada conforme al artículo 609 del CC".

La prueba de la propiedad incumbe, en todo caso, al actor según las reglas de la carga de la prueba. Ahora bien, aparte de que se pueden utilizar todos los medios de prueba admisibles, también existen ciertas presunciones de propiedad, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

### PRESUNCIONES DE PROPIEDAD.

#### Bienes muebles.

En la reivindicación de cosas muebles el artículo **464** del **Código Civil** proporciona al poseedor de la cosa, no sólo un modo de adquirir *a non domino*, sino igualmente un medio de prueba adicional de su propiedad. A tenor de este artículo para reivindicar una cosa mueble no es necesario probar que se es dueño, sino que basta probar que la posesión (como hecho o como derecho) de la cosa se adquirió de buena fe (buena fe que se presume, art. 434 del CC) en concepto de dueño. Y si a su vez, el poseedor que se opone a la reivindicación prueba que también él adquirió de buena fe en concepto de dueño, el primer poseedor deberá probar, para que su reivindicación prospere, que la perdió o fue privado de ella ilegalmente.

Otra presunción en materia de muebles es la del artículo 449 del Código Civil, según el cual "la posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos". Si la posesión de aquéllos es a título de dueño, se presume que son de su propiedad (artículo 448 del Código Civil), y no ha de probar ésta para reivindicarlos. Esta presunción la apreció la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1977 en una tercería de dominio interpuesta por deudas de un pariente que convivía con él (pero no era condueño del piso), sin necesidad de demostrar de otro modo el dominio de tal mobiliario, siendo el acreedor quien hubiera debido demostrar la propiedad de su deudor".

#### Bienes inmuebles.

En materia de bienes inmuebles existe la presunción de exactitud registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, según el cual "a los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento del registro. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos" (art. 38-1 LH).

Esta presunción es una presunción iuris tantum, por lo que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello, según la jurisprudencia, es que los asientos practicados en el Registro implican una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extrarregistral, dado que dichos Registros carecen de una base física fehaciente en cuanto lo cierto es que se fundan en las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el instituto registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consiguiente de los relativos a las fincas (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999, entre otras).

También debe tenerse en cuenta que, como declararon las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1986 y de 5 de febrero de 1999, "el principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues ésta es inatacable aunque no figure el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico base del Registro, sino de la ley y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada".

Una consecuencia del principio de presunción de exactitud registral es la exigencia establecida en el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, según el cual "como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, **previamente** o a la **vez, se entable demanda de nulidad o cancelación** de la **inscripción** correspondiente. La demanda de **nulidad** habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero. Respecto a este requisito la jurisprudencia, al principio, declaró que la impugnación de la inscripción pidiendo su nulidad puede efectuarse previamente o conjuntamente con el escrito de demanda en el que se ataca la validez sustantiva del título inscrito (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1971, 18 de noviembre de 1975, 16 de octubre de 1978, 22 de abril de 1983 y 21 de diciembre de 1984), única forma hábil de evitar que coexistan un pronunciamiento de los Tribunales declarando un derecho real a favor de determinada persona o proclamando su extinción y un asiento del Registro de la Propiedad, bajo la salvaguardia de los propios Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

Sin embargo, posteriormente la Jurisprudencia ha suavizado dicha exigencia declarando que "ejercitada la acción reivindicatoria, que implica a su vez acción contradictoria del dominio, no es preciso instar la cancelación o nulidad de los asientos registrales, pues es implícita a dicha petición y consecuencia indispensable de la misma, ..., siendo suficiente la nulidad que concurre en la transmisión para producir la del correspondiente asiento registral a efectos de los artículos 79 de la LH y 173 del RH (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 3 de noviembre de 1993 y 27 de febrero de 1995, entre otras).

### Doble inmatriculación

Consideración especial reviste los supuestos de doble inmatriculación como consecuencia de doble venta, ya que en estos casos debe aplicarse la normativa del artículo 1.473 del Código Civil. Este artículo, en los párrafos segundo y tercero, al referirse a la cosa vendida a diferentes compradores establece:

"Si fuere inmueble la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro".

"Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe".

La jurisprudencia al analizar estos supuestos de doble inmatriculación ha acogido dicha solución, declarando la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2000, fundamento jurídico segundo, que "la normativa civil (artículo 1.473) es la que resulta aplicable, pues el actor inscribió no la posesión de las fincas, sino su dominio con anterioridad a la que efectuó la mercantil demandada, con lo que resulta que propietario registral preferente. Esta Sala ha declarado con reiteración que en los supuestos de doble inmatriculación, como es el que nos ocupa, por darse venta duplicada, ha de resolverse la contienda conforme a lo dispuesto en el Código Civil, con exclusión de las normas hipotecarias, pues la existencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los instrumentos rectores del mecanismo tabular (Sentencias del Tribunal Supremo de 28-3-1990 y 30-9-1994, que citan las de 21-1-92 y 30-12-93).<sup>6</sup>

"El caso presente, continúa diciendo la referida Sentencia, se refiere a fincas enclavadas en otra de mayor extensión, habiendo el Tribunal de instancia alcanzado su decisión de la confrontación de los títulos de dominio alegados por las partes, en relación a las demás pruebas, y sin que a la recurrente le esté permitido dejar de lado el <<factum>> demostrado para aportar la propia valoración probatoria!".

---

<sup>6</sup> En su fundamento jurídico cuarto precisa esta Sentencia: "El artículo 1.473 se refiere a las inscripciones contradictorias de los adquirentes, sin referencia alguna a los transmitentes y en el caso presente las inscripciones registrales duplicadas lo son a título de dominio, que en definitiva es lo que ha de tenerse en cuenta a efectos de aplicación del artículo civil mencionado".

Presunción del artículo 38 de la Llei d'Inmissions, Servituds i Relacions de Veïtnage.

En materia de bienes inmuebles en el Derecho Civil Catalán tenemos la presunción del artículo 38 de la Llei de l'Acció Negatòria, Immissions, Servituds i Relacions de Veïtnage, aunque realmente esta presunción despliega su eficacia como medio de prueba en los supuestos de deslinde y amojonamiento de fincas cuando debe efectuarse atendiendo al criterio establecido en el artículo 386 del Código Civil. Este artículo dispone que "sí los títulos no determinasen el límite o área perteneciente a cada propietario, y la cuestión no pudiera resolverse por la posición o por otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales".

Entre estos medios de prueba debe tenerse en cuenta la presunción establecida en el artículo 38 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, y que tiene su antecedente inmediato en el artículo 291 de la Compilación, y su precedente histórico en la Ordenació 52 de Sanctacilia, conforme al cual "los márgenes o ribazos entre predios vecinos, así como las paredes que, en su caso, los revistan, se presumirán de propiedad del titular del predio superior". En relación a esta presunción destacan las Sentencias de 14 de noviembre de 1979 de la Sección 1ª de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 28 de julio de 1988, fundamento jurídico quinto, de la Sala 3ª de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 4 de junio de 1998, fundamento jurídico tercero, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, y de 2 de noviembre de 1992, fundamento jurídico cuarto, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declarando esta última sentencia (ponente: Puig Ferriol) que "el litigio no puede resolverse según la posesión, porque no se ha acreditado en los autos que los demandados hayan poseído de forma exclusiva la parte del terreno objeto de la controversia. Y en segundo lugar porque, dada la situación de las fincas sobre las que se ha suscitado el litigio, es correcta la solución de la sentencia recurrida, ...que pone fin a la incertidumbre que se había originado en el momento de señalar la línea divisoria entre las fincas de los litigantes aplicando la presunción del artículo 291, porque bien claramente establece el artículo 386 del Código Civil que si no hay títulos ni posesión exclusiva, es pertinente cualquier medio de prueba para resolver el problema de delimitar la línea de separación entre fincas, y por tanto, sólo si no existen otros medios de prueba se aplica el artículo 386 del Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1968); entre estos medios de prueba tiene particular relevancia la que se deriva del artículo 291 de la Compilación, ya que esta presunción está fuertemente arraigada en Cataluña, como resultado de la Ordenación 52 de las Ordenacions de Sanctacilia, que la doctrina catalana más calificada considera que cuando faltan pruebas directas y claras, debe entenderse que la línea divisoria de las fincas debe situarse al pie del margen del predio superior (PELLA FORGAS, **Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas**, pág. 115); y además, esta presunción debe aplicarse en Cataluña preferentemente a la regla subsidiaria que se encuentra en el artículo 386 del Código Civil, ya que según el artículo 1.1 de la Compilación las disposiciones del derecho civil de Cataluña rigen preferentemente al Código Civil y a las otras disposiciones de carácter general".

En el mismo sentido la Sentencia de la Sección 3ª de la A.P. de Tarragona de 4 de junio de 1998, fundamento jurídico tercero, en un caso en que el juez de instancia había acordado dividir el camino en dos partes iguales y paralelas, la Sala en

apoyo de la doctrina citada aplica el artículo 38 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, añadiendo que "esta solución es más rentable económicamente que la dividir el camino en partes iguales y paralelas".

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta presunción sólo es aplicable entre fincas contiguas, no a las laderas de las montañas o planos inclinados. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de junio de 1994, en su fundamento jurídico cuarto, declaró que "la presunción establecida por el artículo 291 de la Compilación de Cataluña (actualmente sustituido por el artículo 38n de la Ley 13/1990, de 9 de julio, de su Parlamento) se refiere exclusivamente a los <<márgenes o bordes>> entre las fincas vecinas y a las paredes que las cubren, y no a los planos inclinados o vertientes de las montañas, que son cosas completamente diferentes". En ese caso, el TSJC consideró que como estamos ante una pendiente de montaña o vertiente montañosa, y no ante un margen entre fincas colindantes, está claro que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente aquel precepto y ha extraído unan presunción <<hominis>> que no puede aplicarse al caso juzgado".

#### En materia de muebles e inmuebles.

La doctrina también ha considerado como supuesto de posesión de bienes, tanto muebles como inmuebles, el artículo 448 del Código Civil, según el cual "el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo". Esta presunción permite que probando el reivindicante la posesión como dueño de la cosa que se reivindica, se presuma que es suya, y no tenga que probar que lo es efectivamente.<sup>7</sup>

#### Legitimación activa.-

De lo expuesto se deduce que la acción reivindicatoria sólo puede interponerse por quien demuestre ser dueño de la cosa. No se exige, en cambio, que la haya poseído nunca, ni importa que tenga sólo la nuda propiedad, o que el derecho esté sometido a condición o término. Asimismo el condueño puede reivindicar la cosa común usando los derechos de los otros partícipes, y también puede hacerlo el enfiteuta, que a efectos del *ius possidendi* funciona como dueño. Excepcionalmente, la Sentencia de 28 de mayo de 1976 concede la acción, para aquel caso, al dueño directo, pues si bien esta acción -dice- "de suyo corresponde al titular del dominio, se hace inevitable la posibilidad de su ejercicio" por el dueño directo cuando el útil "no existe o no hay constancia de su existencia, con el fin de impedir que unos terceros se introduzcan en la finca sin otro título que la simple posesión de hechos".

El propietario no puede reivindicar, por evidente razón, cuando tiene la posesión inmediata y exclusiva de la cosa.

---

<sup>7</sup> Albadalejo, Derecho Civil, 1983, Tomo III, quinta edición, pp. 352.

Legitimación pasiva.-

La acción reivindicatoria ha de dirigirse contra la persona que tenga la posesión de la cosa sin ostentar ningún derecho que la faculte para la posesión, o bien un derecho de menor entidad que el del reivindicante. Esta afirmación, sin embargo, debe matizarse.

Ante todo el Código Civil, en el artículo 348 permite el ejercicio de la acción contra el tenedor o poseedor de la cosa, por lo que, en consecuencia destinatario posible de la acción puede ser todo poseedor a quien no se considere propietario, se apoye o no en un título, sea de buena o de mala fe.

En consecuencia, el que no posee no puede ser demandado, por lo que ha de probar que el demandado tiene actualmente los bienes reclamados en su poder.

Exigencia de pedir la nulidad del título del demandado.-

El demandado que posee la cosa y se niega a restituirla puede ser poseedor de ella a título de dueño; y cuando oponga un título derivativo de adquisición, como una compra o un legado, en la lucha entre dos títulos dominicales contradictorios, el del demandante y el del demandado, habremos de determinar cuál de ellos es el válido y eficaz, pues ambos al mismo tiempo no pueden serlo. De ahí que la jurisprudencia, al exigir al reivindicante un "título justo, legítimo, eficaz y de mejor condición y origen, y por ello preferente al que ostente el demandado", advierte a aquél que "cuando éste (el demandado) ampara la posesión en que se encuentra en un título dominical más o menos firme, no podrá prosperar la acción reivindicatoria mientras el demandante ... no pida y obtenga, en procedimiento previo o en el que haya promovido con la finalidad de reivindicar, según que ambos títulos tengan el mismo o distinto origen, la declaración de la invalidez o ineficacia del que al suyo se oponga" (Sentencia de 2 de enero de 1946). Se trata de la misma exigencia del artículo 38 de la Ley Hipotecaria de solicitar la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente al dominio que se reivindica.

Pero la exigencia no es aplicable cuando ambas partes derivan sus derechos de documentos y hechos diversos, sin relación ni dependencia entre sí, porque en este caso el litigio se reduce a discutir sobre el valor, eficacia y preferencia de los documentos o de los datos que respectivamente aportan el demandado y el actor, de tal modo que la ineficacia del título del demandado sea efecto natural del derecho de propiedad del actor".

- 2.- Identidad de la cosa.

La acción reivindicatoria sólo procede para reclamar una cosa señalada, concreta y determinada, y precisamente de quien la tenga en su poder, y no permite pedir otra cosa de la misma especie y calidad.

La cosa que se reclama ha de quedar perfectamente IDENTIFICADA y el requisito de DETERMINACIÓN anteriormente subrayado funciona como el presupuesto lógico para la identificación.

Los mayores problemas en este punto pueden plantearlos la identificación de fincas, especialmente rústicas. La jurisprudencia considera que está identificada la cosa reclamada cuando se fijan con precisión y claridad la cabida, situación y linderos, demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquél al que se refieren los títulos y demás medios probatorios en los que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que como cuestión de hecho, es de la soberana apreciación del Tribunal de instancia (vid. Sentencia del Tribunal Supremo 5 de febrero de 1999, entre otras muchas).

Sin embargo, se presenta problemas de diversa índole y difícil solución que han dado lugar a una copiosa Jurisprudencia, que debe ser analizada en relación con los concretos casos decididos, huyendo de generalizaciones o de axiomas.

Por norma general, la identificación no queda desvirtuada por errores accidentales, simplemente materiales, de detalle o de puro hecho.

#### Finalidad de la acción.-

La acción ha de perseguir la entrega de la *posesión*: no la de la tenencia inmediata de la cosa, pues también una acción dirigida a recuperar la *posesión* de la condición de propietario, de uno que tiene la finca gravada con un usufructo, y que por tanto no la posee materialmente, es una reivindicatoria<sup>8</sup>.

#### Efectos y Límites de la acción reivindicatoria.-

La acción reivindicatoria implica una pretensión del demandado a la restitución de la cosa. De ahí que si prospera la acción reivindicatoria, dé derecho a la entrega, al actor, de la cosa reivindicada con sus accesiones.. Si el poseedor condenado es de mala fe, restituirá también los frutos.

La acción reivindicatoria puede fracasar tanto por falta de alguno de los requisitos anteriormente señalados cuanto por razón de que se opone al éxito de la acción la situación jurídica creada a favor de un nuevo titular, cuyo interés es protegido con preferencia al del reivindicante. Se habla entonces de *irreivindicabilidad*.

---

<sup>8</sup> Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil, Tomo III*, pp. 236.

### CASOS DE IRREIVINDICABILIDAD.

Aunque se pruebe ser dueño, y se den los requisitos necesarios para la reivindicación, ésta excepcionalmente no procede en ciertos casos, principalmente por razones de seguridad del tráfico y de protección de la buena fe de quien adquirió la cosa creyendo que era del enajenante. Tales casos son básicamente:

1º.- En materia de inmuebles, el que resulta del art. 34, 1º, LH (y 606 del Código Civil), según el cual: "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no constan en el mismo Registro".

2º.- En materia de muebles, el que resulta del artículo 464, 1º del Código Civil, que impide la reivindicación contra quien adquirió de buena fe una cosa mueble que no era perdida ni de la que su dueño hubiese sido privado ilegalmente.

#### Casos de reivindicabilidad bajo ciertas condiciones.-

La reivindicación procede, pero el que siendo dueño no tendría normalmente que dar nada para recuperar su cosa, ha de hacer ciertos desembolsos para recobrarla si:

1ª Se trata de una cosa perdida o de la que se fue privado ilegalmente, pero el poseedor la adquirió de buena fe "en venta pública". En tal caso, "no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella" (Art., 464, 2º CC).

2ª.- Se trata de una cosa empeñada por quien la poseía, en Monte de Piedad establecido con autorización del Gobierno. En tal caso no podrá el dueño "obtener la restitución cualquiera que sea la persona que la hubiere empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad de empeño y los intereses vencidos" (art. 464 CC).

## **Diferencias entre la acción reivindicatoria y otras figuras afines.**

### Diferencias con la acción de mera declaración.

Las diferencias con esta acción las hemos explicado al analizar la acción meramente declarativa.

### Diferencias con el expediente de dominio.

El expediente de dominio, regulado en los artículos 291, 202 de la LH y siguientes del RH, tiene por objeto la declaración judicial de haberse acreditado la adquisición del dominio de una finca por parte de quien lo promueve.

La consecuencia de la resolución que se dicte es declarar probado que se ha producido un acto o causa idóneos para la adquisición del dominio, por lo que en este expediente ni se discute ni se decide la existencia del dominio, como se infiere del propio artículo 284 del RH. En consecuencia, no se trata de acreditar el dominio, sino de probar que se produjo un acto en principio idóneo para adquirir el dominio.

### Las acciones de deslinde y amojonamiento.

El deslinde, que consiste en la operación por medio de la cual se fijan los límites materiales de una finca, viene de hecho frecuentemente confundido con la acción reivindicatoria.

Se regula en los artículos 384 a 387 del CC y en los artículos 1061 a 2070 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Las acciones de deslinde se confunden con las reivindicatorias y declarativas de dominio cuando se intenta salvar las dificultades que comporta el ejercicio de acciones reivindicatorias o declarativas del dominio aparentando que simplemente se trata de una acción de deslinde.

Pese a las apariencias, en realidad la acción de deslinde no tiene un fin recuperatorio y se dirige contra los colindantes que son también propietarios, para aclarar la duda, confusión o incertidumbre acerca de los límites o línea divisoria que están, por lo demás, identificadas.

La Jurisprudencia ha delimitado las diferencias entre la acción reivindicatoria y la de deslinde, admitiendo la posibilidad de que exista una acumulación objetiva de acciones a fin de dilucidar ambas acciones en un mismo proceso para el caso de que no prosperando la acción reivindicatoria, pudiera estimarse la de deslinde. En este sentido la Sentencia del T.S. de 27 de enero de 1995 declaró: "la acción que confiere el art. 384 del CC, si bien tiene contradicciones con la reivindicatoria, obedece a objetivos distintos, al perseguir la concreta delimitación de linderos o perímetro del objeto o finca reclamada (vid. Stas. del TS de 25 de febrero y 18 de abril de 1984). La finalidad identificativa que se pretende con aquella acción supone ciertas afinidades con la acción reivindicatoria, pero son evidentes sus diferencias, ya que mientras que en una prevalece la finalidad puramente individualizadora del predio, fijando sus linderos y persiguiéndose la concreción de unos derechos dominicales ya existentes sobre una zona de terreno incierto - mera cuestión de colindancia -, la otra representa, frente a la primera, la protección más amplia del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de una posesión de quien indebidamente la detente, de tal forma que puede prevalecer la acción reivindicatoria y nunca la de deslinde, independientemente de quién sea el poseedor del predio, cuando no exista confusión de linderos y la finca esté perfectamente limitada e identificada" (vid. Sta. del TS de 11 de julio de 1988)". Este último extremo, la falta de identificación de los linderos constituye la esencia de la acción de deslinde (vid. la sentencia del TS de 21 de junio de 1997).

#### Diferencias con la Tercería de dominio.

La tercería de dominio persigue levantar el embargo trabado sobre el bien, mientras que la acción reivindicatoria la recuperación de la cosa objeto de reclamación.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1997 declaró: "es doctrina consolidada de esta Sala la que establece que no son ciertamente identificables ambas acciones, puesto que la finalidad de la tercería no es la recuperación de la posesión de la cosa, sino el levantamiento del embargo trabado, sustrayéndolo al procedimiento de apremio (Sentencias de 15 de febrero de 1985, 21 de noviembre de 1987, 11 de abril de 1988, 29 de marzo de 1989, 16 de febrero de 1990, 24 de junio de 1992 y 2 de junio de 1994, entre otras); pero también es necesario poner de relieve que en la tercería de dominio corresponde al actor tercerista la carga de probar su condición de tercero, la titularidad del bien embargado y la adquisición, por tanto, del dominio sobre la cosa con anterioridad al embargo, por lo que es indudable analizar el título en el que funde su adquisición". Algunas sentencias modernas han admitido que existe una similitud con la acción declarativa o que lleva implícita la misma.

## **ACCIÓN DE CERRAMIENTO DE FINCAS.**

Esta acción esta prevista en el artículo 388 del Código Civil, según el cual: "Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualesquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas".

Esta acción proviene de las ideas de la revolución francesa contra la conducta de las prácticas feudales o comunales, que obligaban a los propietarios a dejar sus campos abiertos tanto al ejercicio de la caza, como a los rebaños de corporaciones de ganaderos, o a los ganados de los señores, o de los otros vecinos del pueblo, o los de los vecinos de otros pueblos.<sup>9</sup>

En España, su precedente se encuentra en las Cortes de Cádiz, que, siguiendo esta ideología, promulgaron el Decreto de 11 de junio de 1813, según el cual, y frente a los antiguos usos comunales establecidos en beneficio de la ganadería, se declaran "cerradas y acotadas a perpetuidad todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase, pertenecientes a dominio particular".

La jurisprudencia ha declarado que la finca puede cerrarse, aun gravada con una servidumbre de pastos, siempre que las reses puedan pasar a pastar por una puerta abierta en el cerramiento (Sentencia de 26 de octubre de 1899). No obstante, al tratarse una cuestión de linde fincas está supeditada, en varias ocasiones, a las licencias autorizaciones municipales correspondientes.

El cerramiento proporciona la exclusividad del goce de la finca, pues sin él cualquiera puede entrar en ella - aunque no coger los frutos o cosa alguna - por cuanto no hay ninguna prohibición de entrar en las fincas no cerradas.

La autorización de cerramiento viene pensada por la Ley para las fincas rústicas, porque en cuanto a las urbanas nunca cupo duda de su posibilidad. En general, cuando se pretenda evitar el ingreso en una finca, de personas que lo efectúen en virtud de algún derecho que les asiste, sobre fincas no cercadas, el cerramiento habrá de ser real y físico: no meramente simbólico; así en relación con el derecho de caza, e igualmente con los pastos e n comunidad (artículo 602 del Código Civil).

-----

---

<sup>9</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, Derechos Reales, pp. 220-221. Librería Bosch, 1979.

3 de abril de 2001

Modificado 1 de abril de 2003

**Agustín Vigo Morancho.**