

La acción publiciana en Venezuela y la apelación en los juicios interdictales

Una glosa

Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: La acción publiciana en Venezuela y la apelación en los juicios interdictales, en: "Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal", N° 135. Enero-Junio 1969

Fernando F. Guerrero Briceño*

RVDM, E.1, 2021, pp. 181-214

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto proporcionar comentarios en torno a la acción publiciana: un recurso para activar el derecho a declarar el derecho a la mejor posesión en juicio ordinario.

Palabras claves: Acción publiciana, posesión, juicio ordinario.

The actio publiciana in Venezuela and the appeal in interdictal trials

A gloss

Tribute to the work of Dr. Alfredo Morles Hernández: The actio publiciana in Venezuela and the appeal in interdictal trials, in: "Magazine of the Federal District Bar Association", No. 135. January-June 1969

Abstract: *The purpose of this paper is to point out comments on actio publiciana: a legal action, a resource, to activate the right to declare best possession in ordinary process.*

Keywords: *Public action, possession, ordinary trial.*

Autor invitado

Recibido: 08/09/2021

Aprobado: 20/09/2021

* Abogado litigante, UCV 1972; Doctor en Derecho, UCV 1987

La acción publiciana en Venezuela y la apelación en los juicios interdictales

Una glosa

Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: La acción publiciana en Venezuela y la apelación en los juicios interdictales, en: "Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal", N° 135. Enero-Junio 1969

Fernando F. Guerrero Briceño*

RVDM, E.1, 2021, pp. 181-214

SUMARIO:

LIMINAR 1. *Generalidades.* 2. *Delimitando la descripción.* 3. *Categorías procesales de tramitación.* 4. *En torno a las múltiples posesiones.* 5. *Coordinación entre las acciones publiciana y reivindicatoria.* CONCLUSIONES.

LIMINAR

Con no disimulado orgullo, recibí la invitación de SOVEDEM suscrita por dos distinguidos participantes en mis cursos, lamentablemente interrumpidos por la pandemia del COVIRUS19, *HERMENÉUTICA: Interpretación de los actos jurídicos con vistas en la axiología*, los cuales he venido impartiendo a nivel del doctorado en el Centro de Estudios de Posgrado de la UCV; son mis muy apreciados Diego Castagnino y Daniel Pérez Pereda, a quienes agradezco.

Y una mayor satisfacción, constituye poder invocar, *In Memoriam*, el artículo del Maestro Alfredo Morles Hernández (AMH), quien me trataba de *colega, paisano y pariente* habiendo sido honrado al asistirlo profesionalmente en el incidente de las Acciones de Tesorería del Banco de Venezuela, cuando maliciosamente solicitaron le fuera abierta una *averiguación de nudo hecho*, la cual después de algunos escarceos, se disolvió en las circunstancias, cuando hicimos uso del recurso *tu quoque*.

El trabajo al cual se refieren los presentes comentarios es relativamente breve, apenas de las páginas 31 a 55, de la tristemente desvanecida Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Con pluma prístina el Maestro Morles aborda, primeramente, los contornos de la Acción Publiciana y en segundo lugar, analiza los

* Abogado litigante, UCV 1972; Doctor en Derecho, UCV 1987

efectos de las apelaciones en los procesos interdictales. De *la publiciana*, la temática es todavía poco explorada y menos utilizada en estos tiempos. Pero, la sentencia N° RC00000109 del 30-04-2021 de la Sala de Casación Civil podría abrir un fértil campo –quizá solamente teórico– para que, mediante esta acción, sean discutidas las detenciones enfrentadas como “mejor condición posesoria”, a través de la herramienta del juicio ordinario.

Sin embargo, esta acción presenta peculiaridades que hay que superar para hacerla efectiva. Una de ellas es dilucidar el por qué está inmersa en los procedimientos especiales interdictales, Libro III, Título III, Capítulo II del Código de Procedimiento Civil, tratándose de una pretensión a tramitarse por la vía del juicio ordinario; probablemente error de técnica legislativa inadvertida en la reforma del Código de Procedimiento Civil y como señala Certad,¹ que necesitaría de una especial atención en una reforma procesal.

El tema de los recursos en materia interdictal se obviaría, porque la doctrina y la jurisprudencia lograron unificarse en cuanto a que: i. las apelaciones son escuchadas en un solo efecto, ii. que la Cosa Juzgada interdictal es de naturaleza meramente formal, por tanto, iii. provisional, revisable y iv. carece Recurso de Casación, como con acierto señala AMH. La provisionalidad de la Cosa Juzgada formal-interdictal, por cierto, es una de las hendijas a través de las cuales la acción publiciana pudiera tener utilidad y sentido en nuestra legislación, a fin de obtener pronunciamientos reales-petitorios más estables.

A la luz del procesalismo actual, los interdictos posesorios funcionan como cautelas especializadas, probablemente a la espera de determinaciones posesorias definitivas que pudieran ser surtidas, precisamente, mediante el ejercicio de la acción publiciana. La llamada *etapa sumaria*, llevada a cabo *inaudita altera pars*, no es más que la preparación para el proceso plenario, que resuelve la cautela interdictal, con idénticos efectos que las medidas preventivas actuales, sin concedérsele Recurso de Casación.

Advertencia

Es conveniente puntualizar, que bajo los términos de la vigente constitución garantista y las leyes “socializadas”, los precarios/arrendatarios/ocupantes/y hasta los invasores-okupas!/¹ están más protegidos que el propietario, tanto administrativa como judicialmente, en su derecho a detentar y a lo sumo poseer bajo el contrato, y aún mucho tiempo después de vencido. De esto se puede decir entonces, a pesar

¹ CERTAD, Leonardo, *La protección posesoria*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCV, Caracas, 1964, pág. 52.

del reconocimiento constitucional del derecho de propiedad, que muchas veces el titular-dueño solamente tiene un papel, pero el inquilino/ocupante es quien usa y disfruta de la cosa. Esto debe cambiar en algún momento, pues tan desmedido proteccionismo no ha rendido sus frutos, ni siquiera para disimular el ominoso incumplimiento por parte del Estado en cuanto a cubrir la desatención a las demandas de vivienda digna para los sectores sociales más desprotegidos.

De la Acción Publiciana

1. Generalidades

La protección posesoria tiene otros horizontes, diferentes al tema interdictal; en este particular se tratará acerca de un recurso para la discusión y delimitación con toda amplitud, de la temática y procesal-probatoria, acerca del **mejor derecho a poseer**; recurso condenado al desueto y a ser ignorado, como consecuencia de la utilización pervertida del Juicio de Amparo; una arremetida inmisericorde contra la integridad del sistema legal y judicial del país, que desfigura *la ratio* del control, protección o *nomofilaquia* constitucional, que se propuso el legislador al incorporar al sistema jurídico venezolano la figura del amparo.

Mutatis mutandi –Morles dixit en 1969- *las consecuencias de la interpretación de los interdictos [los amparos] son fáciles de predecir en un medio judicial donde la moral se deteriora cada día más y en un campo como el interdictal, que siempre ha sido propicio a los fraudes.*²

Aunque nuestro homenajeado se queja del *demasiado historicismo*, siempre es conveniente hacer recuento en torno a la Acción Publiciana:

“Un Pretor llamado Publio [≈ 67 a.C.] creó una acción *in rem* ficticia para la persona desposeída, según la cual el Juez debía estatuir sobre la pretensión del demandante *como si la usucapión si hubiera cumplido*. Esta acción llamada publiciana, es pues, una *reivindicatio ficticia*: la ficción consiste en que es tratado *como si hubiese terminado los usucapión de la cosa que reclama* ... en el siglo I de nuestra era estaba ya acordada: 1) Al *propietario bonitario* [poseedor legítimo, no propietario] ; 2) al poseedor que hubieses recibido tradición de una *cosa Mancipi* [vinculadas para el aprovechamiento del fundo, una especie de accesión continua-inmobiliaria, ex-art. 529 Código Civil] o *nec Mancipi* [de circulación libre, afectada solamente a la persona, como el dinero, la generalidad de las cosas muebles, la ropa, ex-art. 794 del Código Civil], en virtud de un justo título y de buena fe de alguna persona

² Sucesivamente el texto del trabajo del Maestro Morles (AMH) que se glosa, se escribirá en cursivas, remitiendo a su origen, en la página de la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, N° 135. Enero-Junio 1969.

que no fuese el propietario (Ulpiano, L7§1, *Cuya especial acción real tiene lugar respecto a todas las cosas muebles, así las animales, como las que carecen de alma, y las que se contienen en el suelo.*)”³

La cercanía fonética de *publiciana* con publicanos genera sorpresa. Nótese del texto que sigue, que la situación regulada sería cercanamente aplicable a los interdictos posesorios, ante el abuso, que con seguridad sería notable, cometido por los cobradores de impuestos frente al ciudadano romano común y corriente (matraca, chanchullo, mordida, coima, soborno ... ¡Nada nuevo bajo el sol!). Se lee en el Digesto Libro XXXIX:

TITULO IV
 DE LOS PUBLICANOS⁴, DE LOS TRIBUTOS Y DE LOS COMISOS
 Véase Cód. IV. R. 62.

1. ULPIANO; *Comentario al Edicto, libro LV.*— Dice el Pretor: “Por lo que un publicano, o alguien en nombre de un publicano, o uno de la familia de los publicanos hubiere quitado con violencia, daré si no hubiere sido restituido, acción en el duplo, o así se reclamare después del año, en el simple importe. También daré acción, si so dijere que injustamente se causó daño, o se cometió hurto. Si no fuere exhibido aquel esclavo a quienes les perteneciere la cosa, daré acción contra los dueños sin la entrega por el daño.

§ 1.—Este título se refiere a los publicanos. Mas son publicanos los que disfrutan de tributos públicos; porque de esto reciben el nombre, ya paguen el tributo al fisco, ya perciban para sí el tributo; y todos los que tornan del fisco alguna cosa en arrendamiento se llaman con razón publicanos.

§ 2.—Alguien dirá: ¿qué se propuso este Edicto? ¿Acaso no proveyó en otra parte el Pretor-sobre los hurtos, los daños y los robos? Pero en realidad considero conveniente publicar también especialmente un Edicto contra los publicanos.

§ 4.—Y al publicano se le da la facultad de restituir lo arrebatado con violencia; pero si lo hiciere, es exonerado de toda carga, y librado de la acción penal en virtud de esta parte del Edicto. Por lo cual se pregunta, si alguno podría, si quisiera ejercitar contra un publicano, no la acción de este Edicto, sino la general de cosas arrebatadas con violencia la de daño con injuria, o la de hurto. Y está determinado que puede; y esto escribe también Pomponio; porque es absurdo opinar que se haya hecho mejor la causa de los publicanos, que la de los demás.

§ 5.—Mas el nombre de familia lo aplicaremos aquí no solamente a los esclavos de los publicanos, sino también a los que están en el número de los familiares del publicano. Así, pues, ya si fueran personas libres, ya si esclavos ajenos, los que auxilian a los publicanos en la exacción de este tributo, estarán comprendidos en

³ PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Ed. Nacional, Mx.1966, págs. 660-661

⁴ Los *publicanos* eran los **recaudadores de impuestos**. Roma calculaba los impuestos que se podían cobrar en un distrito o una zona y otorgaba una especie de concesión a algunos judíos importantes a los publicanos, quienes entonces procedían a cobrarlos a la gente, por eso eran mal vistos. San Pablo se dice era publicano y San Mateo, hijo de publicano.

este Edicto. Por lo cual, si cometió rapiña el esclavo de un publicano, pero que no formaba parte de la familia que administra el tributo público, también dejara de tener lugar este Edicto..

§ 6.—Y en cuanto a lo que últimamente dice el Pretor: “si no fueren exhibidos ellos, dará caución contra los dueños sin la entrega por el daño”, es propio de este Edicto, que, si no se exhibieran los esclavos, compete acción sin la entrega por el daño, ya los tengan, ya no, bajo potestad, ora puedan, ora no puedan exhibirlos”.

¿Se relacionaría la acción *publiciana* más con los recursos contra los recaudadores de impuestos romanos o *publicanos*, que con respecto a las situaciones derivadas de los interdictos posesorios?...

“La propiedad inmobiliaria, en los primeros tiempos del derecho civil romano, revestía un doble carácter: un carácter político y un carácter religioso. No sólo era una institución sancionada por el derecho civil, sino que también la religión le prestó todo el apoyo de su autoridad, poniéndola bajo la protección de sus dioses y rodeándola de un culto. El carácter político, dice Accarias, puede resumirse así : la propiedad de los particulares sobre los inmuebles no es sino una concesión del Estado. El carácter religioso se manifiesta por el culto del dios Término y por la limitación solemne de los fundos de tierra ... Como consecuencia de esto, resultaba que si un derecho cualquiera se encontraba en pugna, en oposición con el derecho de propiedad, no había duda sobre cuál de los dos triunfaría: el derecho del propietario triunfaba siempre, éste era un derecho sagrado. De aquí nació la regla: *superficies solo cedit*. Este principio, formulado por Gaius, no era, pues, sino la consecuencia del espíritu de la época y una resultante del modo como los romanos consideraban el derecho de propiedad” .⁵

2. Delimitando la descripción

“La acción publiciana, en cambio, conferida a quienes hayan sido vencidos en los procedimientos interdictales o a quienes deban resolver pretensiones excluyentes en el ámbito posesorio, tiene como finalidad esencial dirimir definitivamente las cuestiones envueltas en la materia posesoria; no sólo el hecho puro y simple de la posesión o detentación que fuera materia del interdicto, el cual será reexaminado, sino toda la problemática contenida en el más amplio concepto del derecho a poseer”. (Pág.40)

La acción publiciana es entonces una acción real, o sea, un mecanismo o medio para defender en judicialmente la existencia, amplitud y libertad de los derechos reales derivados de la propiedad, o bien surgidos de la relación propietario o poseedor, con los bienes inmuebles, contra ataques que impiden o dificultan su ejercicio.

⁵ SÁNCHEZ BECERRA, Gustavo, *Construcciones y plantaciones en fundo ajeno*, segunda edición, Caracas 1956, pág 17.

“Entendemos por relación real toda relación, instantánea o estable, existente entre una persona y un bien, instituida de acuerdo -o en contra- de lo dispuesto por la ley, o que resulta ser absolutamente indiferente a ésta; como así también las que la ley establece en forma abstracta y que se traducen en un conjunto de requisitos exigidos por aquélla, sea para conceder a las relaciones reales concretas ciertos efectos, o para identificarlas y clasificarlas”.⁶

Pero a la vez, tiene la publiciana carácter petitorio, porque el actor reclama, pide en juicio ordinario, le sea declarado su derecho a poseer y que le sea entregado materialmente el bien en discusión.

Y, finalmente es una acción posesoria, porque en el *thema litis* se plantea y someten a discusión, actos o asuntos concernientes con la posesión (no interdictal). Constituye, por tanto, *una zona gris* a los efectos de las tradicionales taxonomías o clasificaciones substanciales y procesales; a contrapelo con lo tradicional.

El artículo 706 del Código de Procedimiento Civil vigente es idéntico al 602 del código de 1916, texto que es el comentado por AMH:

Artículo 706: En todo caso, aquéllos contra quienes obren los decretos de interdictos tendrán derecho a ser oídos en juicio ordinario; pero el despojador no podrá reclamar el perjuicio que haya sufrido por la restitución decretada por el Juez.

Igual acontece con el encabezamiento del artículo 603-1916, y el 707 vigente:

Artículo 707: Si dos o más personas pidieren a la vez la posesión de alguna cosa o pretendieren ser amparados en la posesión con los recaudos del caso, el Juez dará la posesión o amparará en ella a la que apareciere haber probado mejor su derecho a innovar la protección posesoria.

Finalmente, los artículos 709/710 vigente, igual que el 606/607-1916:

Artículo 709: Después de pasado el año fijado para intentar los interdictos, no podrá pedirse la restitución o el amparo sino por el procedimiento ordinario; pero si se hubiese hecho uso de la fuerza contra el poseedor, dicho lapso no comenzará a contarse no haya cesado la violencia.

Artículo 710: Cuando en el procedimiento ordinario se pruebe la falsedad de los fundamentos alegados por el querellante para la restitución o el amparo, se le condenará a satisfacer todos los perjuicios que por esta causa sufre la parte contraria, inclusive las costas que ésta hubiere pagado por el interdicto.

⁶ MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, ED. La ley BS.AS. 1965, pág. 5

Borjas, sin calificar la acción, escribió:

“Si después, de transcurrido un año, por ejemplo, de haber comenzado yo a cultivar una parte de los terrenos *que posees como simple arrendatario*, me demandas para hacerme cesar en tal perturbación, yo podría contradecir *tu demanda* alegando haber adquirido la propiedad del fundo discutido y haberse vencido el plazo durante el cual estaba yo obligado a respetar tu arrendamiento. Mis alegatos no habrían podido ser tomados en cuenta *ante la prueba de tu posesión*, y hubieras triunfado, al haber sido **interdictal** tu demanda; pero en el juicio ordinario, la prueba de tu posesión no habría podido prevalecer sobre la de mi derecho de propiedad.”⁷

Nada agregan la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil vigente, ni su comentarista, Dr. Arístides Rengel Romberg.

Para quien esto suscribe, luce conveniente esclarecer algunos conceptos en torno a lo posesorio, pero previamente una poderosa y antigua definición:

“Qué cosa es posesión. Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies. E según dijeron los sabios antiguos, posesión es tenencia derecha que hombre tiene en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento, porque las cosas que no son corporales, así como las servidumbres que han unas heredades en las otras, e los derechos por los que gana un hombre sus deudas, e las otras cosas que no son corporales semejantes de éstas, propiamente no se pueden perder ni haber corporalmente. Mas usando de ellas aquél a quien pertenece el uso, e consintiéndolo aquél en cuya heredad lo ha, es como manera de posesión”.

Ley de las Partidas, l.1, t. 30, P. IIIa.

2.1) De la simple ocupación-detentación

«La Ley va luego a consolidar la aprehensión y va a tutelar aquel acto en forma tal que, quien convertido en propietario de una cosa por la ocupación de la misma va a gozar de todos los privilegios, atributos y defensas que son dables a todo propietario El Derecho romano ... recogerá este principio; dará contornos definidos a la ocupación como medio de adquirir la propiedad y dirán los textos: “*quod autem nullius est naturali ratione ocupandi concidetur*”. El Derecho común lo acoge y a través de los siglos se le reconoce a la ocupación lugar preeminente entre los medios para adquirir la propiedad ... De acuerdo a principios doctrinarios recogidos por la técnica jurídica se ha establecido que son requisitos esenciales a cumplirse y para que la ocupación sea reputada como tal y capaz de derivar consecuencias jurídicas, las siguientes: a) Que se aprehenda la cosa; b) Que la cosa aprehendida no tenga dueño (*res nullius o res derelictae*); c) Que el aprehensor manifieste de haber la cosa para sí».⁸

⁷ BORJAS, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*, Caracas 1964, tercera edición, tomo V, pág. 296

⁸ BLONVAL LÓPEZ, Manuel, *Los modos originarios de adquirir la propiedad*, Publicaciones de la Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela 1967 :52 y 53.

Para la detentación opera, sin más, el principio contenido en el aforismo *posideo quia possideo*: poseo porque poseo. O sea, la simple y descarnada situación de nudo hecho consistente en retener/guardar consigo una cosa, sin –de momento– algún otro atributo.

2.2) *La Posesión*

“La posesión no es, pues, la simple reunión del corpus y el animus) lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa sino que el corpus es el hecho de la voluntad: no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de ser pronunciada. II. Al lado de la relación posesoria existen, según Ihering, las relaciones de mera tenencia. Una relación de tenencia tiene exactamente los mismos elementos que la relación posesoria, el corpus y el animus. Cabe preguntar qué criterio existe, entonces, para calificar de posesorias algunas relaciones, y de mera tenencia, otras. La relación de mera tenencia depende de que, movido por motivos prácticos, el derecho en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de esta última ... **La posesión, según veremos en su oportunidad, es la relación protegida con acciones posesorias.** Aquí debe centrarse el problema. Y luego, como cuestión complementaria, puede estudiarse la posibilidad de que algunas relaciones posesorias produzcan, además, el efecto especial de engendrar la propiedad por usucapión».⁹

Esta detentación o señorío de hecho sobre la cosa, como posesión, se rodea de atributos: (ex–art.772 Código Civil); así, para que sea tenida como *legítima* requiere de: continuidad en el tiempo, no interrupción, ser pacífica, o sea sin oposición, pública o sea reconocida por la comunidad, inequívoca, que no despierte dudas acerca de la detentación y la intención de tener la cosa como suya propia.

La actitud de Buena Fe, es ínsita en la posesión legítima, bajo las siguientes premisas:

« * no puede haber paz ni publicidad, si el poseedor no es reconocido como una persona que posee con base a un derecho legítimo inspirado en la creencia de no dañar a nadie, o sea con Buena Fe subjetiva;

** si el derecho es controvertido por una persona que tiene mejor condición posesoria, jamás la posesión será continua ni sin interrupciones, porque los estados de hecho violentos generan violencia; la Buena Fe implica la conciliación de posiciones jurídica *in favori negotiit*;

la condición de poseer por sí y para sí, en concepto de inequívoco señor y dueño y no por otros o para otros, es consecuencia inherente de la Buena Fe subjetiva, de

⁹ VALENCIA ZEA Arturo, *La posesión*, Ed. TEMIS, Bogotá 1978: 67-81.

poseer **sin error y sin vicio** en el origen de la actividad detentatoria. *La posesión por otra persona es un hecho que el adquirente debe conocer ... La posesión por otra persona es un hecho que necesariamente debe herir forzosamente los sentidos».*¹⁰

Pero además –y aquí una respetuosa discrepancia con el Dr. Morles- parece a quien esto escribe, que sí se debe agregar la Buena Fe a los condicionantes de la posesión legítima, pues está configurada en la *presunción hómimis* a que refiere el artículo 789 del Código Civil, siendo esta, precisamente, la circunstancia a la cual se aplica como dispositivo expreso como referencia para la solución de una específica situación, lo que se llama conceptualización; **no** como Principio General de Derecho, como generalmente se considera. Esta conciencia del obrar recto en materia posesoria-desconocimiento de otras posesiones previas a título de dueño, que en fin de cuentas se traduce en que el dominio-ocupación llevada a cabo, los actos perturbatorios/inquietadores y su respectiva defensa, obedecen a que la posesión actual se funda en la creencia de obrar legítimamente con la apariencia (*als obs*) de dueño, sin detrimento a derecho o a posesión previa; o en los casos permitidos al precario-arrendatario, por obrar en subrogación o a favor del dueño.

Esa es la razón por la cual a la Buena Fe posesoria se la dispensa de prueba y a quien alegue la mala fe (o el dolo) se le asigna el *onus* de demostrar esa imputación. El no tener en cuenta que la posesión legítima incorpora por vía de *presunción hómimis* a la Buena Fe posesoria, puede conllevar algunas inconsistencias.

El artículo 789 contiene entonces: i. una norma específicamente dispositiva o conceptualizada, ii. que apunta al sólo aspecto de la posesión inmobiliaria, iii. que, como presunción, protege al *statu quo* del poseedor a fin de evitar la situación caótica de que las personas se hagan Justicia por propia mano, evitando el caos y preservándose la paz social, iv. que ampara al valor *apariencia* que la mera tenencia (*nuda possessio*) confiere, v. se extiende al nivel procesal, protegiendo al poseedor actual ante la prueba incompleta de quien le discute la tenencia de la cosa. Saluda por tanto, valores tradicionales del Derecho, pero –se reitera- restringidos al ámbito de lo posesorio-inmobiliario.

“¿ Qué motivos tiene el legislador para proteger la posición legítima?. Algunos autores sostienen que es evitar que el poseedor se haga justicia por sí mismo, hecho suficiente para ocasionar un desequilibrio en el orden social, por las violencias y la haces personales que produce. A esta documentación sujeta que para conservar el orden social basta las leyes penales y de policía”.¹¹

¹⁰ JIMÉNEZ PARÍS, Teresa, *El momento de la Buena Fe*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006 : 18

¹¹ PARRA, Ramiro Antonio, *Acciones posesorias*, en Ensayos de Derecho Procesal Civil y Derecho Civil, Ed. FABRETON, Caracas 1975, pág. 67

La Buena Fe-posesoria conceptualizada en el artículo 789, está fundamentada, principalmente, en el aspecto subjetivo-lealtad. Como dice Don Andrés Bello (ex-arts. 706 y 707 del Código Civil chileno), la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos. Esta presunción está complementada por los artículos 11, 15 y 254 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 773-780 del Código Civil venezolano, conformando, en conjunto, una REGLA DE JUICIO aplicable a los temas posesorios, consistente proposiciones estándar, aplicables para todas las situaciones substanciales que lo ameriten, bajo cuyos supuestos se subsumen en proceso los hechos y se emite el juzgamiento; se parece bastante al efecto de las metanormas.

Artículo 773: Se presume siempre que una persona posee por sí misma y a título de propiedad, cuando no se prueba que ha empezado a poseer en nombre de otra.

Artículo 774: Cuando alguien ha principiado a poseer en nombre de otro, se presume que la posesión continúa como principió, si no hay prueba de lo contrario.

Artículo 775: En igualdad de circunstancias es mejor la condición del que posee. Concordancia con el art 254 del Código de Procedimiento Civil: y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor.

Artículo 776: Los actos meramente facultativos, y los de simple tolerancia no pueden servir de fundamento para la adquisición de la posesión legítima.

Artículo 777: Tampoco pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima, los actos violentos ni los clandestinos; sin embargo, ella puede comenzar cuando ha cesado la violencia o la clandestinidad.

Artículo 778: No produce efecto jurídico la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse.

Artículo 779: El poseedor actual que pruebe haber poseído en un tiempo anterior, se presume haber poseído durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

Artículo 780: La posesión actual no hace presumir la anterior, salvo que el poseedor tenga títulos en este caso se presume que ha poseído desde la fecha de su título, si no se prueba lo contrario.

El origen remoto del artículo 789 del Código Civil venezolano se encuentra en el Código Napoleón, SECCIÓN III DE LA PRESCRIPCIÓN A LOS DIEZ Y A LOS VEINTE AÑOS:

Art. 2.268. La buena fe se presume siempre, y debe probar la mala fe quien la alegue.

Art. 2.269. Basta con que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición.¹²

¹² El texto puede hacer pensar que se refiere al *documento-material* de propiedad de adquisición del fundo y no al *título jurídico en abstracto*, o sea a la razón, motivo, pretexto o justificación de la tenencia. Este trabajo adhiere en el particular, con la tesis de la *causa o título abstracto de lo posesorio*, pues la posesión, como se ha dicho, se determina por un simple estado de hecho, *possideo quia possideo*. El título *como documento*, afecta a otros valores, por ejemplo la apariencia para fines traslaticios, no los

A su vez, la disposición venezolana que fusiona varios artículos del *Code*, tiene su origen en el primer código Latinoamericano, o sea el código civil chileno, el *Código de Bello*, sancionado por el congreso de Chile mediante ley del 14 de Diciembre de 1855 y que entró en vigencia a partir del 1° de Enero de 1857 y en Venezuela, por corto tiempo, desde la promulgación por José Antonio Páez en 1863 hasta 1.867.¹³

Por cierto, es extraño que Gert Kummerow, referencia obligada sobre el tema, no incluya a la Buena Fe-subjetiva-lealtad como presunción posesoria ex-lege, pero *hóminis*; fuente de equívocos doctrinales y judiciales, por atribuirle al contenido del artículo 789 una condición de Principio General de la cual carece, en vez de recurrir al beneficio procesal de la presunción y, además, considera:

“Con ello se quiere significar que quien escribe la condición legítima de su actuación posesoria, asume la carga de la prueba de todos los extremos estudiados ...”¹⁴

3- Categorías procesales de tramitación

La acción publiciana tiene un objeto más amplio que las cuestiones de despojo o perturbación-*inquietación*, las cuales son circunstancias de *nudo hecho*.

“ la posesión es un derecho de propiedad que se va haciendo, que va en camino de ganar la garantía jurídica. Más aún, se finge que tal garantía ha sido ganada, otorgando al poseedor usucapiente una acción real, *la actio publiciana*. Tal acción le es concedida *etsi iam casu amiserit possessionem* (en el caso de que hubiera perdido la posesión)”¹⁵

AMH precisa las categorías procesales frente al juicio posesorio ordinario:

3.1- El procedimiento al cual se refiere el artículo 606/1916-709 vigente Artículo 709

Después de pasado el año fijado para intentar los interdictos, no podrá pedirse la restitución o el amparo *sino por el procedimiento ordinario*; pero si se hubiese hecho uso de la fuerza contra el poseedor, dicho lapso no comenzará a contarse no haya cesado la violencia.

intrínsecamente posesorios, que es el caso de la *Gewere* germánica o *señorío* de hecho sobre algo, reconocido por terceros y bajo el amparo de un título jurídico o *investidura*, basado en elementos que varían según las circunstancias. Una más feliz y clara redacción pudiera ser: *Bastará que la buena fe haya existido en el momento de comenzar a ejercerse la posesión*.

¹³ El tema *in extenso*, se puede encontrar en mi libro *LA BUENA FE en el sistema civil venezolano. Algunas conceptualizaciones*, 2021, 521 pp., en electrónico y en papel con cubierta suave: Amazon link:

<https://www.amazon.com.br/Buena-sistema-civil-Venezolano-conceptualizaciones-ebook/dp/B08ZJXFY4G>

¹⁴ KUMMEROW, Gert, *Bienes y derechos reales (Derecho Civil II)*, Ed. UCV, Caracas, 1965. Pág 168

¹⁵ IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Ed. ARIEL DERECHO 15ª. ED 2004, págs.201-202

Como se aprecia, se trataría de las mismas situaciones que pudieran generar la sola acción interdictal posesoria; o sea unas causas específicas y precisas generadas por actos catalogados como de perturbación o de despojo, pero a ser tramitadas después de obrada la caducidad de la acción interdictal, por el juicio ordinario. Se trata de acciones posesorias limitadas, pero como el efecto interdictal es de *cosa juzgada formal*, no material, el reexamen del motivo desencadenante del interdicto posesorio es perfectamente posible.

Para AMH, con quien adherimos, esta no es la acción publiciana;

3.2.- El juicio ordinario tramitado dentro del año de la ocurrencia de la inquietación o del despojo.

La misma reflexión: tampoco constituiría una acción publiciana, pues su cometido está circunscrito a los temas interdictales. Consistiría en ocurrir a la vía ordinaria con más amplitud probatoria y medios de defensa extendidos, por los mismos motivos que desatan el proceso especial-abreviado interdictal.

Tampoco se está ante un supuesto plausible para la acción publiciana. En este punto AMH adhiere con Leonardo Certad, en cuanto a que:

“3. OBSERVACIONES A LA DOCTRINA PUBLICIANA VENEZOLANA

a) En realidad el problema del juicio posesorio ordinario no puede resolverse por el criterio “del mejor o más probable derecho”. Tal criterio corresponde a una determinación petitoria ajena al debate posesorio,” por lo que la problemática del juicio posesorio ordinario debe reducirse a determinar ante una relación posesoria y una situación de ausencia de detentación o ante varias relaciones posesorias cuál es la mejor relación posesoria, la cual deberá triunfar (relativamente) frente a la otra por ella vencida.. b) No puede aceptarse, como afirma Arcaya, que la protección posesoria en juicio ordinario del Derecho venezolano sea la acción publiciana romana cuya fórmula” en nada se parece al 606 de nuestro Código de Procedimiento Civil. Más aún, en el Derecho Romano la publiciana se daba al actor con título y buena fe en tanto que nuestra doctrina venezolana y la recta y gramatical interpretación del Art. 784 del C. C. venezolano y del 606 d c. P . C. la reconocen al poseedor legítimo, y es cosa aceptada que un poseedor legítimo puede ser no titular, con o sin justo título o **de mala fe**. Por el contrario en el *Digesto*” *si se encuentra una fórmula que Arcaya no cita y de la cual si parece calcado el 606 del C. P. C.: “Unde vi:* ¹⁶ si alguno es despojado por medio de violencia simple de un lugar por particular o por los esclavos de un particular, daré una acción solamente en el año por lo que tenía en lugar en que fue despojado, y daré una acción

¹⁶ *Interdictum unde vi*. En el Derecho Justiniano, acción que durante el plazo de un año, podía utilizar el poseedor que hubiese sido víctima de un despojo violento, aun cuando su posesión fuera viciosa frente al adversario, **es decir sin justo título o de mala fe**. La acción la genera la pura violencia ejercida por propia mano; muy aparte del derecho a poseer

después del año para lo que permanezca después en manos del que despojó por medio de la violencia". Al diferir la acción publiciana en su legitimación activa al juicio posesorio ordinario conclúyase que dicho juicio debe resolverse en favor del poseedor legítimo (784 C. C. V.) o de quien mejor demuestre "su derecho posesorio" (terminología Art. 603 CPC) ... Tampoco Arcaya determinó cuál era la naturaleza jurídica de la acción para poder aplicarle el régimen de las acciones reales o personales, determinación que se dificulta por la circunstancia de que "en la exposición de motivos del proyecto del Código de Procedimiento Civil, presentado por el Ministro de Relaciones Interior a las Cámaras Legislativas, no se encuentran las razones que originaren ese artículo 606 a pesar de ser nuevo en nuestra Legislación".¹⁷

De la Ley del Digesto referida por Certad, se extrae el siguiente texto:

"Libro XLIII TÍTULO XVI

1. ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXIX*

Dice el Pretor: «Por aquel lugar de donde tú echaste por la fuerza a uno, o lo echó tu familia, y por las cosas que él tuvo allí entonces, daré acción solamente dentro de un año, y, después, del año, por lo que hubiere ido á poder del que echó por »la fuerza».

§ 1.—Se propone este interdicto **para el que fue echado á la fuerza**; porque fue muy justo auxiliar al echado á la fuerza; por lo que se propone este interdicto para recobrar la posesión.

§ 2.—Mas también en las leyes Julias sobre las cosas publicas y las privadas, y asimismo en las Constituciones de los Príncipes, **se prevé á que no se haga cosa alguna con violencia**.

§ 3.—Este interdicto no se refiere á toda violencia, sino á los que son echados de la posesión. Mas se refiere este interdicto solamente á la violencia atroz, y únicamente á los que son echados del suelo, por ejemplo, de un fundó, ó de un edificio; pero no se refiere a otro. Y si alguno hubiera sido echado de un solar, sin duda ha lugar al interdicto.

§ 4.—Y en general este interdicto se refiere á todos los que son echados de cosa adherida al suelo; porque cualquiera que fuere el lugar, del que uno ha sido echado por la fuerza, habrá lugar al interdicto ...

§ 23.—Más a nadie le compete este interdicto sino al que poseía cuando fuese echado; y no no considera que es echado otro **sino el que posee...**

§ 27 —Escribe Cassio, que es lícito rechazar la fuerza con la fuerza, y que este derecho se adquiere por la naturaleza; y esto resulta, dice, de que es lícito rechazar las armas con las armas...

§ 28.—Se ha de definir que posee por fuerza el que, expulsado el antiguo poseedor, obtiene la posesión adquirida por fuerza, o el que viene dispuesto y preparado

¹⁷ CERTAD, Leonardo, *La protección posesoria*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCV, Caracas, 1964, págs. 47-48

de modo que se auxiliara contra las buenas costumbres, para que al entrar en la posesión no se le pueda impedir. **Mas dice Labeon, que no posee por fuerza el que por la fuerza retuviere su propia posesión...**

§ 45.—Mas que el interdicto *Unde vi* no compete a otro sino al que posee, lo prueba lo que se halla escrito en Viviano, que si alguno me hubiere echado a la fuerza, y no hubiere echado a. los míos, no podía yo ejercitar este interdicto, porque retengo la posesión por medio de los que no fueron echados”.

3.3.- Otros eventos posesorios

Este es el ámbito propio de la acción publiciana; es decir, el recurso concedido para ventilar litigios entre quienes se disputan el derecho a poseer, por motivos diferentes al despojo violento o a los trastornos, inquietaciones o molestias característicamente interdictales. AMH delinea con claridad el asunto e invoca a José Luis De Los Mozos, en cuanto apunta que esta acción se concede, efectivamente para dirimir *el mejor derecho a la posesión*, con base en los artículos 602-1916/706 *vigente* y 603-1916/707 *vigente*, del Código de Procedimiento Civil, atendiendo a hechos diferentes a los generadores de los interdictos posesorios, pero atendiendo a la enunciada REGLA DEL JUICIO. Y agrega:

*“La acción publiciana, en cambio conferida quienes hayan sido vencidos en los procesos interdictales, tiene como finalidad esencial **dirimir definitivamente** las cuestiones envueltas en la materia posesoria; no sólo el hecho puro y simple la posesión o detentación que fuera materia del interdicto, el cual será reexaminado, sino toda la problemática contenida **en el más amplio concepto del derecho a poseer**. La acción publiciana una hace posible una reevaluación de la materia discutida en el interdicto y permite ratificar, de esta manera el concepto de *interim dicta* ha querido al fallo interdictal ... se opone el mejor derecho del nuevo legitimado activo, quien habría procedido cuando fue calificado de perturbador o despojadores poner proceso precedente, en atención a la máxima *sed feci iure feci*¹⁸... La acción publiciana provoca, concebida de esta manera, un enfrentamiento entre hechos posesorios y **el derecho a poseer**, lo cual constituye su característica más resaltante”¹⁹.*

De modo que la acción publiciana tiene como partes a probables detentadores en grados diversos, que pretenden tener “el mejor derecho” a la posesión.

B) *La acción publiciana*. Por las mismas razones consideradas respecto a la acción reivindicatoria, podría el «precario dans»²⁰ ejercitar la publiciana contra el precarista directamente, cuando no le interesase la protección inmediata del interdicto

¹⁸ Lo hice, pero se hizo conforme a Derecho.

¹⁹ Pág 40, resaltados de la transcripción.

²⁰ *Prekarium dans* o concedente, es la persona que presta, concede o permite a otro la detentación, conservando la potestad de revocar.

de precario si en éste no hubiere tenido éxito. Precisamente conserva el «precario dans» la «possession ad usucapionem», y en una ficción de la usucapición está fundada dicha acción. Por la misma causa no le sería dable al precarista utilizar este remedio. Expresamente lo declara así, un texto de Gayo: «Tal vez no se da acción publiciana por las posesiones legítimas; porque posesión **por causa de prenda y precario**, son posesiones justas; pero por ellas no se suele dar acción; por esta razón, porque ni el acreedor, ni el que tiene en precario, está en posesión, en inteligencia que crea es señor» (D. 6, 2; 13, 1) ²¹

4.- En torno a las múltiples posesiones

4.1- La COPOSESIÓN

Un campo fértil para la acción publiciana suele ser la coposesión, que se genera en situaciones suscitadas entre sujetos que se creen con idéntico derecho a detentar en el mismo grado, atendiendo la REGLA DE JUICIO contenida en los artículos trascritos 773-780 del Código Civil, a los cuales se deba adicionar el artículo 789, como presunción legal-*hominis*, que consagra, según se ha dicho, a la *Buena Fe-subjetiva-lealtad*:

“La coposesión se estructura por la concurrencia de los actos posesorios ejercidos por una pluralidad de sujetos sobre un bien o un grupo de bienes. La coposesión se presenta, por ello, como la posibilidad de concurrencia de *varios sujetos* en una *misma posesión*. Es un fenómeno que, en cierto modo, se presenta como reflejo de la cotitularidad de los derechos. Pero a diferencia de la concurrencia de posesiones sobre una cosa en *distintos conceptos* -por ejemplo: la posesión que ejerce el propietario en concepto de dueño, conjuntamente con la que ostenta el usufructuario y el arrendatario de un mismo fundo-, la coposesión supone la realización de los actos posesorios, atribuibles a los diversos sujetos, en un mismo plano y en un mismo concepto. Por ello, pueden existir diversas especies de coposesión en estratos diversos, equivalentes a la cotitularidad de los derechos (así, coposesión en concepto de dueño, en concepto de usufructuario, o en concepto de arrendatario). En torno al tema, expresa G. Valdecasas: “Sobre un mismo objeto pueden concurrir *posesiones de distinto grado* (ejemplo: en concepto de dueño, de usufructuario, de arrendatario), determinándose el grado de cada posesión por el grado del derecho que ella exterioriza; la posesión de grado más alto es la que se tiene en concepto de dueño”. No pueden coexistir sobre un mismo objeto *posesiones del mismo grado*, cuando las mismas colidan, puesto que tales posesiones, siendo contradictorias, *excluirían mutuamente*. Pero “sobre un mismo objeto son posibles *dos o más posesiones que se limiten mutuamente*. Este fenómeno se denomina *coposesión*; en ella el poder de hecho de cada poseedor viene limitado por el poder de hecho de los demás coposedores”. ²²

²¹ MORENO MOCHOLI, Miguel, *EL PRECARIO*, Ed. de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, 1976, pág. 216

²² KUMMEROW, Gert, *Bienes y derechos reales (Derecho Civil II)*, Ed. UCV, Caracas, 1965. Págs. 166-167

Pero es que, además, el litigio podría presentarse en entre estos mismos precarios, entre sus respectivas categorías -que es el caso tratado en la sentencia N° RC00000109 del 30-04-2021 de la Sala de Casación Civil, adelante comentada- bajo las condiciones que se expresan de seguidas.

4.2 Los precarios

“Constituye el concepto de precario el uso o disfrute de cosa ajena sin más razón que la de hallarse tolerado por el dueño o poseedor, lo que tanto quiere decir como que a su tenencia de derecho ya que, al no concurrir algunas de estas circunstancias, sólo de la voluntad de aquel que tiene el dominio o la posesión real, depende el poner término a su tolerancia ... No cabe aplicar el concepto de precarista a quien disfruta a título de socio del desahuciante y que como tal, había hecho ciertas obras en el local ... ; al marido que continúa viviendo en la casa que seguía siendo el domicilio conyugal, por subsistir el estado de derecho entre los cónyuges mientras no se ventilare el divorcio cuya iniciación motivó el depósito de la mujer dueña del inmueble ... ; el que posee en concepto de dueño por título de herencia; el condueño mientras la división a que fue compelido no se practicare ... ; el que utiliza una fragua en recompensa de ciertos servicios como prestación correlativa, o sea, en equivalencia de los mismos ... ; el que disfruta sin pagar merced cuando esto no es debido a la voluntad y aquiescencia del propietario ... ; quien ocupa a virtud de un contrato de servicios y como pago en parte de los que había de prestar...

el que paga algún género de merced ... ; requiriendo su naturaleza que el disfrute sea a título gratuito, por lo cual no cabe estimarlo cuando obedece al equivalente de ciertos servicios ... ”.²³

La condición de precariedad en diferente plano o grado señalada por Kummerow, es justamente el tema de la exclusión del “menos bueno” de los co-poseedores a ser discutido por vía de la acción publiciana.

La acción publiciana provoca, concebida de esta manera, un enfrentamiento entre derechos posesorios y el derecho a poseer. El maestro Sanojo refiriéndose al artículo 425 del CPC de 1873 comentado por él, que es el artículo 602 del CPC 1916 vigente [706/1986], parece al evidenciar la opinión que hemos expuesto, aun cuando no menciona la acción judicial en su breve exposición. La admite indirectamente al manifestar que el juicio ordinario del para entonces artículo 425 del CPC está dirigido ventilar “ el derecho de poseer la cosa ”. Egaña se pronuncia formalmente en contra de la existencia de la acción publiciana en nuestro sistema jurídico, pero él parte del supuesto restringido del otorgamiento de esta acción a los casos de rei vindicatio utilis ... Ya hemos visto que esta idea no corresponde nuestra posición sobre la materia, pues nuestra convicción se basa en el supuesto de que una parte de la doctrina que interpreta

²³ MORENO MOCHIOLI, Miguel, *El precario*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, págs 358-359

el derecho romano, otorga a la acción publiciana el sentido de un recurso que permite discutir el derecho a poseer. Egaña parece admitir de manera indirecta la corriente limitada que acepta la acción publiciana subsumida en la acción reivindicatoria, como consecuencia del ius possidendi que compete al titular del dominio, pero no como acción con autonomía propia y campo de acción diferente a las acciones interdictales y a la misma acción reivindicatoria, que es nuestro punto de vista sobre el particular.²⁴

La posición de AMH es perfectamente adherible: En efecto, la titularidad-dominio que proporciona el documento de propiedad, que presupone el *animus dominis*, autoriza la acción *petitoria real-reivindicatoria*.

“El derecho de propiedad, como cualquier otro derecho está protegido por una acción judicial, que le permite al propietario sea que se le reconozca y sancionar su derecho. La acción que sanciona el derecho propiedad es la acción reivindicatoria (del latín *rei vindicatio*, reclamación de la cosa). Para vencer en la acción reivindicatoria el demandante debe probar su derecho de propiedad... la acción reivindicatoria es la acción real, que obedece a las reglas generales de las acciones judiciales ... la acción reivindicatoria difiere, sin embargo, de las demás acciones sobre un punto en particular: este imprescriptible, aun cuando, según los términos del artículo 2262 del Código Civil [francés], todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben a los 30 años. Ya se han indicado las razones por las cuales la acción reivindicatoria no siguen este aspecto la regla general: la perpetuidad del derecho de propiedad lleva necesariamente consigo la perpetuidad de acción que sanciona ese derecho ...”.²⁵

En tanto que, ante el estado de hecho consecuencia de la pura detentación, *possideo quai possideo-nuda posesión*, se puede plantear juicio ordinario, mediante la acción publiciana, de naturaleza posesoria, pero real-petitoria, personal y declarativa de certeza, pudiendo comparecer al proceso hasta no titulares del derecho de propiedad, en competencia con simples o meros poseedores precarios.

Existen muchas situaciones de interrelación de las personas y los bienes, tales como la concurrencia, aún más cuando la titularidad de la acción se funda en hechos unos más antiguos que otros, solamente puede ocurrir sea un remedio para resolver la situación creada con las pretensiones excluyentes de los litigantes. Ese remedio es la acción publiciana, mediante la cual se acordará el reconocimiento jurisdiccional al mejor derecho a poseer o a la posesión más antigua, es decir alguien logre atribuir a su pretensión una mejor fundamentación independientemente de los “títulos”.²⁶

²⁴ Págs. 40-41.

²⁵ MAZEAUD, Henry y León & MAZEAUD, Jean, Lecciones de Derecho Civil, parte Segunda, volumen 4, Ediciones Jurídicas, EUROPA-AMÉRICA, 1960, págs. 348-349

²⁶ Pág. 42

“La posesión en su primer grado de protección, como disfrute de facto, sólo permite discutir sobre el hecho mismo en que se encierra el ámbito de los interdictos de recobrar y de retener. El derecho real dentro del proceso ordinario, puede tratarse en toda su amplitud; su propia existencia y el mejor derecho frente al adversario, con plenitud de probanzas adentrándose en el fondo. El precario es intermedio entre uno y otro ámbito, pues implica una situación superior al hecho simple, en cuanto se litiga sobre el derecho a poseer; más, por otra parte, sólo consiente la justificación inmediata. Por eso, cuando ambas partes justifican, denunciándose la necesidad de un examen más intenso para determinar a favor de quién está la razón, no puede declararse la situación. La dificultad no es en suma sino reflejo de la superposición de planos tan advertida: el de fondo y definitivo del derecho, y el externo y aparente de la justificación momentánea. Según domine uno u otro, así triunfará o no la estimación del precario”.²⁷

4.3 Listado tentativo de posibles precaristas

Posibles poseedores precarios no perturbadores ni despojadores:

El arrendatario/subarrendatario	frente	al arrendador
El comodatario	frente	al comodante
Quien retiene	frente	al dueño/comisionante
El depositario	frente	al depositante
El mandatario	frente	al mandante
El usuario	frente	al dueño
El usufructuario	frente	al propietario
El enfiteuta	frente	al concedente

La defensa de la propiedad en los casos tentativamente señalados, aún bajo el tema contractual que pueda ser aducido por el *dominus*-propietario, siempre comportará un tema posesorio y opuesto de parte de los precarios-accionados. Porque en el fondo, la cuestión, aún ante un planteamiento reivindicatorio-petitorio, se resolverá sobre el tema del derecho *a la mejor posesión-detentación de la cosa*.

Pe. en el caso del derecho de retención en materia mercantil, según el artículo 122 del Código de Comercio:

En garantía de acreencias vencidas de un comerciante contra otro comerciante, originadas de acto de comercio para ambas partes, el acreedor puede ejercer el derecho de retención sobre las cosas muebles y valores pertenecientes a su deudor, que estén en posesión de aquél con el consentimiento de éste, por causa de operación mercantil, y mientras subsista tal posesión...

²⁷ MORENO MOCHIOLI, Miguel, *El precario*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, pág. 443

Igual acontece con el contrato de depósito en el Código Civil:

Artículo 1.774: El depositario puede retener el depósito hasta el pago total de todo cuanto se le deba en razón del depósito. En este caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.702.

Es explícita también la retención en la ejecución de obras muebles (carpinteros, obras de arte).

Artículo 1.647: Quien haya ejecutado una obra sobre cosa mueble tendrá derecho a retenerla en prenda hasta que se le pague.

Ciertamente el tema primordial que da lugar la protección posesoria del *dominus*-titular y a la protección de los precarios es entonces, la defensa de la apariencia:

“El titular de un derecho subjetivo está legitimado para exigir que exista su favor la exteriorización de su derecho, es decir para hacer concordar su titularidad con la situación posesoria registral correspondiente ... en todo caso de discordancia de titularidad de un derecho subjetivo y la situación posesoria o registral correspondiente, se produce una apariencia de titularidad. La apariencia dice Megoni, consiste en un juicio impersonal, es decir objetivo, expresado por la generalidad de los terceros e inherente a una investidura formal, es decir a una forma de publicidad de un derecho(real), reconocida por el ordenamiento jurídico, o simplemente a un comportamiento, correspondiente al contenido de una relación jurídica activa, y objetivamente valorado, en el caso concreto como índice de titularidad. Toda apariencia de titularidad supone una situación de exteriorización o publicidad que no es detenida por el verdadero titular del derecho correspondiente. Causa de la apariencia es siempre dicha situación de publicidad”²⁸.

5.- Coordinación entre las acciones publiciana y reivindicatoria

Ha quedado establecido en el artículo que se glosa: i. que el objeto de la acción publiciana consiste en dirimir situaciones de tinte no interdictal-posesorio, relativos al derecho a la mejor posesión de un inmueble; ii. que los sujetos de la acción como actores o como demandados pueden ser el propietario contra los precarios y viceversa y los precarios entre sí; que iii. la tramitación del proceso es por el juicio ordinario; iv. después o antes de operada la caducidad de la acción interdictal posesoria.

Surgen entonces las preguntas:

1) ¿Queda realmente comprendida la publiciana dentro del objeto procesal de acción la reivindicatoria?;

²⁸ LADARIA CALDENTEY, Juan, *Legitimación y apariencia jurídica*, Ed. Bosch, 1952, págs. 126 y 127

2) ¿Qué acción puede intentar un precario contra otro?.

El contorno de la acción reivindicatoria lo determina el artículo 548 del Código Civil:

El propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador, salvo las excepciones establecidas por las leyes.

Los límites del derecho del propietario vienen dispuestos en el artículo 545 *id.*

La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley.

“... Como quiera que la lesión que da lugar al ejercicio de la reivindicación es el desconocimiento del derecho de propiedad por parte de una tercera persona, desconocimiento éste que ha venido acompañado del despojo material de la posesión, se tiende mediante la reivindicación, a un doble efecto: la declaración del órgano competente que existe la titularidad por parte del propietario actor, Y, además el reintegro en la posesión de la cual el propietario había sido despojado...”²⁹

Los derechos propietarios de uso y goce están estrictamente conectados con la detentación, *possideo quai possideo*, que, como se ha visto, es lo que origina la posesión. Por tanto, para intentar la acción petitoria de reivindicación, el propietario, amparado con un título registrado, válido y no nulo por defecto de forma (ex arts. 1.920 y 1979 del Código Civil) queda perfectamente legitimado para accionar, en reclamo de la posesión por vía de reivindicación, contra el poseedor precario que tiene en su poder el inmueble de su propiedad, dentro del año de la desposesión y también después del año. Si hubiera poseído consecutivamente por 10 años después del registro del título, hasta habría gozado del beneficio de *la prescripción del título* (Ex-art. 1969 Código Civil). Pero:

“Los falsos conceptos en esta materia han debido originar la creencia de que quien ejecuta con derecho actos posesorios en un inmueble o en un derecho real sobre un inmueble o en una universalidad de muebles no perturba a quien los esté poseyendo; pero los escritores desechan esta opinión, porque en los juicios posesorios no se discuten derechos, es después que se ha decidido quién tiene la posesión, cuando se pasa al juicio petitorio, para resolver a quien corresponde el derecho”.³⁰
 Los temas propiedad-posesión/co-posesión, generalmente se resuelven de la siguiente manera:

²⁹ EGAÑA, Manuel Simón, *Bienes y derechos reales*, Ed. CRITERIO, Caracas 1974, pág 18

³⁰ PARRA, Ramiro Antonio, *Acciones posesorias*, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil y Derecho Civil*, Ed. FABRETON, Caracas 1975, Tomo I, pág. 203

“Primer conflicto: cada uno de los dos adversarios alega un título. Si ‘ambos títulos emanan del mismo causante, el conflicto se resuelve sin dificultad. Cuando ninguno de los títulos haya sido publicado -lo cual no ocurre nunca en la práctica-, triunfa el que tenga el título más antiguo. Si uno de los títulos o ambos han sido publicados, resulta suficiente con aplicar las reglas de la publicidad inmobiliaria: *el adquirente que haya procedido primero a la publicación, será preferido*, aunque su título sea más reciente. *Cuando los dos títulos emanen de causantes distintos* -caso en que no se aplican ya las reglas de la publicidad inmobiliaria-, la jurisprudencia, luego de haber admitido que el título más antiguo debía prevalecer siempre, en la actualidad decide, en principio, que *las presunciones resultantes de los dos títulos se anulan*; el conflicto debe ser resuelto entonces teniendo en cuenta la posesión u otros indicios. Ese principio, jurisprudencial de la anulación recíproca de los títulos es demasiado absoluto. Segundo conflicto: uno solo de los adversarios invoca un título. Supóngase ahora que uno de los adversarios invoca un título, mientras que el otro aduce su posesión u otros indicios. *Si el título es anterior al comienzo de la toma de posesión, la jurisprudencia le otorga la preferencia al litigante que pruebe su derecho por el título, aunque el otro*” se beneficie de la presunción legal resultante de una posesión útil. *Así pues, el título se impone a la posesión cuando aquél sea anterior a ésta*; hace prueba hasta contra una posesión útil. Esta regla puede ser censurada también, por carecer de matices *Por el contrario, cuando la posesión sea útil y anterior al título, desaparece la preeminencia de éste*: el juez no está obligado ya a darle preferencia al título; *decidirá entre la posesión o el título según las verosimilitudes*. Tercer conflicto: ninguno de los adversarios invoca un título. Uno y otro alegan que han poseído el inmueble u otras circunstancias en las que pretenden encontrar una presunción de la existencia, de su derecho. Cuando, entre dos litigantes, uno solo puede alegar la posesión, por oponerle el otro tan sólo algunos indicios, tales como los resultantes del catastro ó de un deslinde, el primero debería prevalecer necesariamente si se aplicara el adagio: *“In pari causa, melior est possidentis”* (En iguales circunstancias, es mejor quien posee). La jurisprudencia presenta más matices. *Hace que triunfen las “presunciones mejores y más caracterizadas según la apreciación soberana de los jueces del fondo”*. La presunción derivada de una posesión, incluso útil, cederá ante una presunción más poderosa resultante, por ejemplo, de la colocación de los mojones. La misma regla rige cuando los dos litigantes invocan una posesión: los tribunales tendrán en cuenta la posesión que ofrezca mayores garantías, que no es forzosamente la más antigua ni la posesión actual. Conclusión. Cuando no se haya ganado la usucapión, el juez está obligado a decidirse sobre presunciones”.³¹

Contestando a la pregunta N° 1), para el ejercicio del derecho **del dueño** a ser declarado *mejor poseedor* frente a un precario, la respuesta es que **no requeriría ocurrir a la acción publiciana**; con la reivindicatoria le bastaría. Sin embargo, el

³¹ MAZEAUD, Henry y León & MAZEAUD, Jean, Lecciones de Derecho Civil, parte Segunda, volumen 4, Ediciones Jurídicas, EUROPA-AMÉRICA, 1960, págs. 359-360

supuesto de la acción reivindicatoria comporta el peso *onus* probatorio dispuesto por la REGLA DEL JUICIO (artículos 773-780 del Código Civil) para revertir la condición del poseedor a quien demanda, porque *siempre es mejor la condición del que posee*. Esto debido a que las situaciones de hecho no violentas gozan de una especial consideración en protección de la apariencia. Adicionalmente, en materia posesoria los jueces resuelven generalmente, con base en inferencias o presunciones. Y además, le pesa la carga de la llamada *prueba diabólica de la propiedad*.

En todo caso, no debe haber ortodoxia al respecto y siempre habrá que ponderar las circunstancias específicas del pleito para la escogencia de la vía más conveniente.

Certad, con quien adhiere AMH, apunta:

“... Esto es el resultado de la presunción de propiedad que va unida al hecho de la posesión ... será la misma solución y por el mismo motivo al caso en que el actor tiene esa posesión. La fórmula precedentemente señalados significa que esa *posesión ad usucapionem* del actor priva sobre la situación de ausencia de detentación material en el demandado o ante una relación material con la cosa que no tenga el carácter de posesión legítima, por lo que de hecho la protección posesorio del juicio ordinario se encuentra embebida en el marco de la acción reivindicatoria, lo que expresamente se ha reconocido por el Tribunal Supremo español ... Para el derecho vigente, lo más interesante es que el actor en reivindicación, pida subsidiariamente, en el supuesto de que no se le reconozcan la propiedad, que le sea entregada la posesión de la cosa, de conformidad con el artículo 606 del Código de Procedimiento Civil [706 vigente].”³²

En la nota 24 a pie de página de la cita de Certad, aparece:

“Tribunal Supremo español: Sentencia de febrero de 1941, citada por Borrell y Soler Antonio, Derecho Civil Español, tomo II p. 419, Ed. Bosh, Barcelona, 1955 “ la doctrina científica y la jurisprudencia han dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la acción publiciana, no con la fisionomía ordinaria y peculiar que ostentó el Derecho Romano, sino como una de las facetas propias de la acción reivindicatoria que permite al actor probar su mejor título, que puede derivarse de la mejor posesión reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho: A favor también Castán op. Cit. P. 146, tomo II”.

Uno de los casos que discute la doctrina es el referido a los hechos omisivos para usucapir, por silencio, negligencia o dejadez en las obligaciones de cuidado y guar-

³² CERTAD, Leonardo, *La protección posesoria*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCV, Caracas, 1964, págs. 51 y 53

da de la propiedad, tales que pudieran inducir a alguien a considerar que no esté viva la posesión o que no interese al dueño la relación jurídica cosa-dueño y entonces, ante un *verdadero acto propio*, el descuido pudiese constituir la pérdida del derecho de propiedad por efecto de la prescripción: *Præscriptio patrona generis humanis*, que es uno de los medios originarios para adquirir la propiedad.

«El efecto vinculante del silencio, en tales casos, encuentra su justificación en el marco de las circunstancias en que el silencio se encuadra. Ante todo, dicho efecto es conforme al propósito práctico que normalmente determina la inercia consciente y es independiente de una conciencia específica del valor concluyente de esta; además, constituye la lógica consecuencia del incumplimiento de una carga que responde a las exigencias del tráfico y de la buena fe. En los casos indicados, por tanto, el efecto del negocio del comportamiento omisivo se funda sobre el criterio de la iniciativa y de la autorresponsabilidad privada, prescindiendo de que refleje una conciencia del valor concluyente de la omisión».³³

Por lo que parece, el proceso posesorio/publiciano pudiera presentarse como más conveniente según las circunstancias probatorias, aún para el titular de la propiedad a quien favorecería la prueba documental de su posesión, admitida limitadamente en nuestro medio bajo el latiguillo ad *colorandam possessionis*.

Los frecuentes problemas de quienes concurren al expediente de hacerse justicia por sí mismos, para resultar condenados como perturbadores o despojadores en el respectivo interdicto, encuentran su remedio apropiado en la utilización de la acción publiciana, en la cual se determinará el mejor derecho proceder sin los inconvenientes planteados por las exigencias de la acción reivindicatoria. (Pág 42) ... la acción publiciana llegó a ser, en fases separada de su evolución histórica, una acción para permitir a los poseedores recuperar de terceros cuya posesión fuese en algún grado condición inferior a la alegada por el actor, así como también se otorgó a quienes hubieran adquirido de terceros no propietarios, en cuyo caso los situaciones se resolvían aplicando las máximas prior in tempore potior in iure y in pari causa potior est conditio possidentis, respectivamente. Esos momentos nos permiten encontrar una correspondencia exacta con normas precisas existentes en nuestro derecho positivo yo otorgar a las iniciativas legales en el consagradas la denominación de acción publiciana. Tales normas son los artículos 602 y 603 del CPC, como antes lo indicáramos, cuyo antecedente histórico es el artículo 1658 de LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL española, disposición legal que, a su vez, es considerada en su país de origen como consagratória de la acción aludida. Debemos recordar que nuestro ordenamiento legal, en materia interdictal, finca sus raíces en la tradición romana, pasando por el tamiz del derecho positivo español. (Pág 43)

³³ BETTI E., *Teoría General del negocio jurídico*, Madrid 1959, pág. 114

Contestando a ¿Qué acción puede intentar un precario contra otro?, se comienza invocando a Gadamer: De Schleiermacher [Friedrich, Ernst David, 1768-1834, fundador de la hermenéutica romántica] se nos ha transmitido una frase muy significativa, que podría haberla dicho yo mismo, y que reza más o menos: Odio toda teoría que no nace de la práctica ...³⁴

La respuesta directa es: la acción publiciana constituye la vía idónea para que dos poseedores, en principio precarios, compitan en cuanto a quién correspondería la “mejor” posesión y discutan ese derecho a detentar, con la amplitud del juicio ordinario; esto incluye al propietario, como se advirtió antes.

En resumen:

Acción reivindicatoria	Acción publiciana
Legitimado activo: El propietario del inmueble con documento registrado regular. Legitimado pasivo cualquier detentador/poseedor	Legitimado activo: Un poseedor, sin atributos especiales. Legitimado pasivo, otro simple poseedor o hasta el propietario
Motivo: Solicitud de devolución del inmueble, frente a cualquier poseedor/detentador, vencedor o no en algún proceso interdictal-posesorio	Motivo: Solicitud de exclusión, protección o amparo al mejor derecho a la posesión
Caducidad de la acción: Ninguna	Caducidad de la acción: Ninguna
Tramitación: Juicio ordinario	Tramitación: juicio ordinario

Para un mejor esclarecimiento, también, en cuanto al tratamiento realístico de los hechos y actos jurídicos, siguiendo a Carnelutti (METODOLOGÍA DEL DERECHO, Ed. Uthea, Mx. 1962 :11–13), se presentan seguidamente a consideración, dos circunstancias, una real y otra ficcional. La real la origina la poco feliz sentencia N° RC00000109 del 30-04-2021 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con voto salvado; la ficcional, es inferida de *Doña Bárbara*, proveniente del arte del Maestro Rómulo Gallegos.

5.1.- Referencia a la sentencia RC00000109³⁵

Se lee en dicha decisión:

“En ese sentido se constata que mal pudiera haberse vendido los terrenos de los cuales se tenía exclusivamente la posesión judicial la cual fue cedida mediante testamento y posteriormente ratificada por título supletorio, lo que evidencia efec-

³⁴ GADAMER, Hans George, *Acotaciones hermenéuticas, Hermenéutica, teoría y práctica*, Ed. TROTTA, Madrid 2002, pág. 13

³⁵ Agradezco a los amigos y colegas Irma Lovera De Sola y Oswaldo Ablan Candia, expertos en materia de arrendamiento, sus comentarios y acotaciones en torno a esta sentencia, producto de un foro electrónico llevado a cabo el día 14 de mayo de 2021.

tivamente que el ciudadano xxxxxxx compró las bienhechurías más no los lotes de terrenos sobre las cuales estaban fabricadas las mismas, en consecuencia mal podría vender los terrenos a la compañía *****, al no ser titular del derecho de propiedad ... En consecuencia, dicha omisión en el análisis probatorio de las documentales precedentemente expuestas, evidencia lo determinante del mismo en el dispositivo del fallo, pues al no ser titular del derecho de propiedad sobre el lote de terreno situado en el denominado ##### mal podría haber vendido el xxxxxx a ***** y esta menos aún tenía facultad para arrendar dicho lote de terreno al no ser titular de dicho derecho. Al respecto, al constatarse que efectivamente lo que tuvo por parte de la Curia Diocesana de acuerdo al testamento marcado "G" fue el derecho a la posesión de los terrenos así como el derecho de propiedad de las Bienhechurías, se evidencia que xxxxxxx no tenía derecho de propiedad sobre dicho lote de terreno, en consecuencia de acuerdo a la vida jurídica y tracto sucesivo verificado en los autos de los citados terrenos llamados Las Clavellinas, razón por la cual se declara la nulidad del documento que cursa a los folios 71 al 74 de la primera pieza del expediente, referido al instrumento protocolizado ante la Oficina de Registro Inmobiliario del Primer Circuito del estado Carabobo en fecha 20 de noviembre de 1990, mediante el cual la demandada compró un lote de terreno ubicado en el sitio denominado ##### a los ciudadanos xxxxx en ese mismo sentido se declara la nulidad de los contratos de arrendamientos supra citados, con base en la existencia de un vicio para la validez del mismo como lo es el hecho de que la arrendadora ***** del mismo no era la propietaria de dicho terreno y tampoco estaba autorizada para suscribir dicho contrato de arrendamiento, así se decide. En consecuencia, y de acuerdo con los razonamientos precedentemente expuesto se declara: con lugar la demanda de nulidad...".

La decisión en referencia tiene un acertado Voto Salvado, ajustado a la realidad contractual y posesoria, del que se cifra:

"... La mayoría sentenciadora declaró con lugar el recurso de casación y con lugar la demanda de nulidad de contrato de arrendamiento, bajo el argumento de que la sentencia recurrida silenció las pruebas que demuestran que la parte demandada (arrendador) no tiene el derecho de propiedad sobre el inmueble arrendado, en consecuencia, el contrato es nulo... En este sentido, observamos que el arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquélla. Es decir se trata de un contrato con eficacia meramente obligatoria, en el sentido de que sólo crea entre las partes derechos de crédito recíprocos, mas no opera entre éstas la transferencia de ningún derecho real... Esto evidencia que el arrendador no requiere ser propietario del bien arrendado para cumplir su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa, y en caso de incumplimiento de tal obligación, la eficacia del contrato de arrendamiento existente entre las partes es el título que legitima al arrendatario a pedir la indemnización por incumplimiento, derivada de las perturbaciones que un tercero ejerza con éxito mediante acciones sustentadas en el derecho de propiedad que se atribuye... En otras palabras, el ordenamiento jurídico

no faculta al arrendatario a pedir la nulidad del contrato por carecer el arrendador de la cualidad de propietario, ni este último incumpliría sus obligaciones como arrendador por el sólo hecho de no ser el titular de ese derecho real sobre la cosa... En consecuencia, el contrato cumplió con los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico, fue cumplido su objeto por ambas partes y no existe evidencia de interés jurídico actual del arrendatario en instaurar esta demanda, ya que no alegó ni probó perturbación o despojo alguno por un tercero en el ejercicio de las acciones correspondientes a un derecho de propiedad que pueda oponerse a la posesión del arrendador... De esto se sigue que la Sala debió declarar sin lugar el recurso de casación ejercido”.

Ciertamente y conforme con el Voto Salvado, el contrato consensual de arrendamiento tiene peculiaridades: En Roma se consideraba que el contrato de *locatio conductio rei*, arrendamiento de inmuebles, se celebraba con solamente efectos personales. Raymond-Theodore Troplong, eminente jurista francés, *post-Code*, estimó que el arrendamiento tenía efectos reales, pero su criterio se mantuvo por poco tiempo y se siguió con la tesis de los efectos meramente personales.

No obstante, el desarrollo socializado del arrendamiento para paliar las crecientes demandas de vivienda particularmente en las zonas urbanas y la rayana omisión de los gobiernos *revolucionario-socialistas* de proveer viviendas dignas y asequibles, ha tenido como efecto la expedición de dispositivos fundamentalmente de naturaleza administrativa, que prácticamente conceden a los inquilinos una transferencia de derechos y prerrogativas con efectos reales sobre inmueble, con períodos prácticamente indefinidos de ocupación, amén que los inquilinos gozan de derecho de preferencia arrendaticia, lo cual disminuye y dificulta el tránsito de los inmuebles; se repite, superponiendo meros derechos de crédito derivados del arrendamiento, por encima del derecho de propiedad. *Sin embargo, hay un derecho que se encuentra en la frontera de los derechos reales: el derecho de adquisición preferente concedido al arrendatario rústico* [ahora en Venezuela para los inmuebles urbanos y hasta para los arrendamientos mercantiles!]; *porque ese derecho se traduce en un derecho de propiedad eventual, contra el ius abutendi del arrendador.*³⁶

En el caso atendido por la sentencia RC00000109 del 30-04-2021, parecería claro al declararse –erróneamente– la nulidad de los arrendamientos celebrados entre las partes litigantes en dicho proceso, que a la parte arrendadora-perdidosora y en posesión legítima y de Buena Fe, del inmueble disputado le quedaría el actuar el derecho a la defensa de su “mejor” posesión anterior, por vía de la acción publiciana,

³⁶ MAZEAUD, Henry y León & MAZEAUD, Jean , Lecciones de Derecho Civil, parte Tercera, volumen 4, Ediciones Jurídicas, EUROPA-AMÉRICA, 1960, pág. 37

pues se creía dueño del mismo, por previa posesión civilísima y venta registrada, en virtud de lo cual, como *poseedor dans*³⁷, lo cedió en arrendamiento.

“Junto a las relaciones reales concretas -que existen en la vida práctica-, tenemos otras relaciones reales de carácter abstracto creadas por la ley mediante la extracción de ciertas características de las relaciones reales concretas, y que resultan ser comunes a determinados grupos de esas relaciones concretas sometidas al mismo régimen; así como en otras situaciones, para acordar cierta protección a las relaciones reales concretas, la ley exige que reúnan determinadas condiciones que, consideradas en conjunto, traen como consecuencia otras relaciones reales de carácter abstracto. Pero mientras que en las anteriores el legislador trata de descubrir los elementos comunes para elaborar el concepto abstracto, en esta segunda situación procede en forma inversa, pues fija determinadas condiciones que configuren mi tipo ideal de relación real, las cuales, si coinciden en su totalidad con las que presenta alguna relación real concreta, servirán para que ésta goce de determinados beneficios o produzca ciertos efectos jurídicos. Ejemplo de las primeras son los conceptos abstractos de posesión, cuasi posesión, coposesión, cuasi coposesión, tenencia, cotenencia, subtenencia, cosubtenencia, cuasi tenencia, cuasi cotenencia, cuasi cosubtenencia, y yuxtaposición, de los cuales nos vamos a ocupar con cierto detenimiento en el segundo título de este ensayo. Son ejemplos de las segundas los supuestos de posesión interdictal y posesión accional”.³⁸

En la nota al pie N°3, de esa misma acotación, se lee:

“Designamos como “posesión interdictal” al conjunto de los requisitos exigidos por las leyes procesales para acordar los interdictos; y “posesión accional” al conjunto similar establecido por el C. C. para conceder las acciones posesorias”.

La vía expedita que queda —como se dijo— al poseedor *privado—desposeído*, sería entonces, la acción publiciana (ex—artículo 707 del Código de Procedimiento Civil), que como acción real-petitoria estaría afecta solamente, ante la abulia del propietario, a la prescripción veintenal de este tipo de iniciativas (ex—art. 1977 Código Civil) y con la amplitud probatoria que concede el juicio ordinario.

“En Derecho Moderno son principios unánimemente aceptados en doctrina i jurisprudencia, que el actor debe probar su acción, i que nadie puede transmitir un derecho que no tiene: “*Nemo dat quod non habet*”. Como estas dificultades son iguales a las que se presentaban en Roma, piensan algunos tratadistas que para salvarlas podemos valerlos de los mismos medios de que se valieron los romanos, i que los jueces deben aplicar hoy los principios de la Acción Publiciana, que, basada en la equidad, daba el triunfo al litigante que demostraba el mejor o más

³⁷ Ver nota 18

³⁸ MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, ED. La ley BS.AS. 1965, pág.7

probable derecho. Los adversarios de esta opinión aducen que esa acción no existe en la legislación moderna, i que ninguna disposición legal autoriza al juez para aplicarla; i como la falta de esta ley es uno de los argumentos más poderosos de los sostenedores de la prueba diabólica, los abogados venezolanos que participan de la teoría contraria, ven en el artículo 606 la Acción Publiciana i consideran resuelto el problema en favor de la opinión que sustentan. Pensamos que si tal ha sido el propósito del legislador, no lo ha conseguido: la Acción Publiciana no es igual a la creada por el artículo 606[707 vigente]: aquélla se daba al poseedor con título i buena fe; la nuestra se le concede al que posee legítimamente, con título o sin él; i aun siendo iguales, el propietario puede escoger a su gusto una de las dos i tiene que sufrir las consecuencias de la que elija: si es la reivindicatoria i no puede probar prescripción, la sentencia tendrá que ser adversa; si es la que le concede el artículo 606 i prueba la posesión, el juez ordenará que se le conserve en ella; i quedar siempre expuesto a que otro reivindicante le pruebe que es propietario i lo despoje de la cosa. Esta doctrina prevalecerá en nuestra legislación, mientras no se dicte una ley que diga expresamente que en los juicios de reivindicación basta al reivindicante probar el mejor o más probable derecho”.³⁹

El arrendatario victorioso por virtud de la sentencia RC00000109 del 30-04-2021, bajo la perspectiva en comentario, estaría –en el ámbito publiciano– en inferioridad de plano (Kummerow), pues resultó ser un poseedor *precario*—*mediato* de un previamente poseedor inmediato/*dans* y que tenía posesión previa, legítima y de Buena Fe, que le fue cedida a ese inquilino por vía de arrendamiento ... No obstante, la derrota del arrendador en casación, le quedaría vigente al arrendador, la acción publiciana, con las dificultades inherentes.

Como se puede apreciar, un recurso que ha estado en letargo, puede tener aplicación práctica, que curiosamente ha sido despertado como consecuencia de una muy objetable sentencia de la Sala Civil.

5.2.- Doña Bárbara, Capítulo XII

“Capítulo XII. Algún día será verdad

“Grande fue la sorpresa de Antonio, cuando al día siguiente –como llevase a Santos a Macanilla para que viera cómo venía avanzando el lindero de El Miedo– descubrió que la casa de los Mondragones había retrocedido a su primitivo asiento. –La mudaron anoche –exclamó–. Miren por dónde venía ya el poste del lindero. Ahí está el hoyo todavía. –Bien –dijo Luzardo–. Ahora está en su sitio y por este respecto no tendremos dificultades, a lo menos por el momento. Para evitar que en lo sucesivo pueda ser trasladada de la noche a la mañana echaremos una cerca por este viento. –¿Quiere decir que va a aceptar ese lindero? ¿Va a que-

³⁹ PARRA, Ramiro Antonio, *Acciones posesorias*, en Ensayos de Derecho Procesal Civil y Derecho Civil, Ed. FABRETON, Caracas 1975, Tomo I, pág. 182

darse con los pleitos que tan malamente le ha ganado doña Bárbara? ... Además, tierras todavía hay bastantes, a pesar de todo. hacienda es lo que no veo. Apenas una que otra mancha de ganado... –¿De modo que el enemigo no era solamente doña Bárbara? ... –No hay que precipitarse. Antes necesito estudiar las escrituras de Altamira para determinar el lindero y consultar la Ley del Llano. –¿La Ley del Llano? –replicó Antonio socarronamente–. ¿Sabe usted cómo se la mienta por aquí? Ley de doña Bárbara. Porque dicen que ella pagó para que se la hicieran a la medida ... No obstante, Luzardo se quedó pensando en la necesidad de implantar la costumbre de la cerca. Por ella empezaría la civilización de la llanura; la cerca sería el derecho contra la acción todopoderosa de la fuerza, la necesaria limitación del hombre ante los principios. Ya tenía, pues, una verdadera obra propia de un civilizador: hacer introducir en las leyes de llano la obligación de la cerca”.⁴⁰

Como es bastante bien sabido la mayoría de los hatos llaneros no tienen propiedad registrada sobre el terreno⁴¹. Se trata de meros actos de tolerancia del Estado Venezolano sobre tierras de propiedad pública (542-544 del Código Civil) mayormente baldías, acaso ejidos, (Antes regulados por la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936, imprescriptibles ahora, según la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario del 13 de noviembre de 2001 y por el art. 181 de la Constitución Nacional ⁴²). Sobre estas tierras se erigen bienhechurías; así es como el ganado y las construcciones se transforman en *posesiones*.

La idealización narrada, *las cercas que caminan*, en lo jurídico, demuestra el efecto caprichoso de la detentación arbitraria, el descarnado *possideo quia possideo*. Justamente para atajar esos abusos, como medida cautelar están las figuras de los interdictos posesorios, pero también pervive el auxilio de la acción publiciana, para discutir entre poseedores la condición de la “mejor” posesión; que no se litiga acerca de un título o titularidad, sino que consiste en la solicitud de declaración judicial

⁴⁰ Como bien sabemos, “ciencia de lo jurídico” parece terminar en un campo árido, de papel y tinta; muchos galimatías para expresar ideas que se pueden expresar con toda sencillez; y todavía mejor con ejemplos, lo cual aporta FAMILIARIDAD/ CERCANÍA AL TEMA. Otra visión más humana, más real y más profunda nos acercará a la realidad y al verdadero “caso”, **que no está en los libros**; por eso, también es válido invocar la fantasía: “El derecho no se contenta ya con ser glosa de textos, conocimiento de leyes o arte de hacerlas chocar a unas con otras, de interpretarlas, de ampliarlas, de restringirlas o de introducir giros en ellas. Aspira a transformarse, por lo menos en alguna de sus ramas, en una ciencia de observación e incluso de experimentación. Aspira a aprehender, más allá de los textos, los fenómenos jurídicos. Los fenómenos jurídicos son, ante todo, con seguridad, fenómenos colectivos, fenómenos sociales. Por ello, esta nueva ciencia del derecho ha sido, en primer lugar, una sociología jurídica. La sociología jurídica está ya constituida y sus títulos no le son ya discutidos. Pero los fenómenos jurídicos no son sólo fenómenos colectivos. Son también fenómenos individuales. Por esto, la sociología jurídica no agota las nuevas tendencias científicas del derecho”. CARBONNIER, Jean, *Derecho flexible, para una sociología no rigurosa del Derecho*, TECNOS MADRID, 1974, con prólogo de Luis Díaz Picazo, pág 283.

⁴¹ La Ley de Llanos del Estado Apure, del 26 de mayo de 1937, establece en su artículo 114. *Las posesiones* de los criadores se dividen en hatos y fundaciones. Los primeros son los que consten de dos mil quinientas hectáreas de terreno en adelante y contengan más de dos mil reses y las segundas, las que no lleguen a estas cantidades.

⁴² *In extenso*, *EL RÉGIMEN DE LAS TIERRAS BALDÍAS Y LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA SOBRE TIERRAS RURALES EN VENEZUELA*, por Allan R. Brewer Carías, disponible en internet.

acerca de quién ha demostrado mejor en su beneficio, los efectos de la REGLA DE JUICIO en materia posesoria. Quien demuestre mayor cercanía a las presunciones y condicionantes de hecho a que se contraen los artículos 773-780 agregada a la Buena Fe posesoria del art. 789, *según domine uno u otro, así triunfará o no la estimación del precario*⁴³.

“No puede ser de otro modo a falta de un sistema que le haga desempeñar a la publicidad inmobiliaria el papel de una presunción irrefragable de propiedad. En cada caso los jueces deben sopesar las circunstancias invocadas por los litigantes como presunciones de la existencia de su derecho de propiedad. La jurisprudencia lo ha comprendido así. Sin embargo, ha creído un deber establecer dos principios. Esos principios están de más. Por una parte, no siempre es exacto, de hecho, que las presunciones resultantes de los dos títulos se anulen uno de los títulos puede presentar mayores garantías que el otro. Además, la regla según la cual el título prevalece siempre sobre los restantes indicios, salvo sobre una posesión útil más antigua, carece de flexibilidad. Es de desear que los tribunales se resistan a dejarse encerrar en un sistema cualquiera, y que decidan, sea cual sea la prueba ofrecida, que se tendrán siempre presentes las mejores presunciones y las más caracterizadas. Sobre todo es deseable que el legislador francés convierta un día la inscripción de las transmisiones inmobiliarias en una prueba irrefragable del derecho de propiedad. Se creará así la seguridad que, a consecuencia de la incertidumbre de la prueba, falta todavía en esta esfera”⁴⁴.

6.- CONCLUSIONES

La lectura del artículo del Maestro Morles Hernández, además de refrescante por su estilo, adquiere sorprendente vigencia con ocasión de la comentada sentencia N° RC00000109 del 30-04-2021 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Sirve para poner sobre el tapete los problemas posesorios de gran trascendencia, que han sido pretermitidos como consecuencia de la utilización sin compasión y errónea del juicio de amparo; cuestión a la cual curiosamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no le ha puesto reparo, mediante declaraciones de inconstitucionalidad, regulación de jurisdicción y sanciones severas a los jueces que lo apliquen en transgresión al plan constitucional, *la ratio*, de tan importante herramienta.

⁴³ Ver nota 23 de **Moreno Mochioli**

⁴⁴ **MAZEAUD**, Henry y León & **MAZEAUD**, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte Segunda, volumen 4, Ediciones Jurídicas, EUROPA-AMÉRICA, 1960, pág. 361

Además, los señalamientos de AMH a más de cincuenta años de la publicación del artículo comentado, fueron precisos ya en aquel entonces y ahora lo son de igual manera, reviviendo su lectura y estudio un tema bastante eludido por la doctrina y de muy escaso uso por la jurisprudencia.

Como se advirtió al inicio, es muy posible, por el momento político-jurídico que se vive en Venezuela, que estas reflexiones puedan solamente considerarse con un valor meramente retórico/teórico. Sin embargo, la propuesta que despierta la acción publiciana es trascendente y ameritaría, como aconsejan Certad, de un particular tratamiento en alguna reforma al Código de Procedimiento Civil que se llegue a hacer y siguiendo también con los Mazeaud, que se consolide el efecto posesorio del título de propiedad registrado, acercándonos a la *Gewere* alemana.

El característico tema *real/petitorio/posesorio*, todo simultáneamente, que configura el substrato de la acción publiciana, un tanto contradictorio con las tradicionales clasificaciones de las acciones procesales, asoma la condición *logoide* del Derecho; o sea el propósito de resolver situaciones de manera plausible o razonable, con sentido *practogónico*⁴⁵ y además, un tanto alejadas del puro normativismo/textualidad/exégesis, acercándose al sentido deóntico y prescriptivo integral del sistema jurídico. La protección posesoria conferida por la Ley, excede al tema interdictal.

Parece injusto que las iniciativas interdictales, que frecuentemente se presentan hasta como lances o escaramuzas temporales revestidas de astucia, puedan privar sobre posesiones más antiguas o por sobre el derecho de propiedad.

En el fondo, el empleo de la acción publiciana para defender la detentación a quien demuestre el "mejor derecho" a la posesión, se sustenta en los *iuris praecepta*, la Regla Moral de Ulpiano y en el dictum de Cicerón, todo de frente contra las inequidades: *Proviene también algunas injusticias de las cavilaciones y de la astuta y maliciosa interpretación de las leyes. De modo que se usa ya como proverbio vulgar aquel dicho: El sumo rigor del derecho viene a ser suma injusticia [summun ius, summa iniuria]. Bajo del cual color se cometen muchos pecados en la República.*⁴⁶

Después de 52 años, las reflexiones del Maestro Alfredo Morles Hernández en torno a la acción publiciana, se mantienen con buena salud.

Caracas, septiembre de 2021.

⁴⁵ Ver en MANSON, Manuel, *La lógica formal y los juristas* en Revista chilena de Derecho, pág 209, en /Dialnet-LaLogicaFormalYLosJuristas-2649284.pdf y en DELGADO OCANDO, José Manuel, *Ficciones y presunciones en el Derecho Venezolano*, Ed. Del TSJ 2001, págs. 8 y 9

⁴⁶ CICERÓN, Marco Tulio, *De los oficios o los deberes, de la vejez, de la amistad*, Ed. Porúa, Mx. pág.12

BIBLIOGRAFÍA

- BETTI**, E., *Teoría General del negocio jurídico*, Madrid 1959;
- BLONVAL LÓPEZ**, Manuel, *Los modos originarios de adquirir la propiedad*, Publicaciones de la Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela 1967;
- BORJAS**, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*, Caracas 1964, tercera edición;
- CARBONNIER**, Jean, *Derecho flexible, para una sociología no rigurosa del Derecho*, TECNOS MADRID, 1974, prólogo de Luis Díaz Picazo;
- CERTAD**, Leonardo, *La protección posesoria*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCV, Caracas, 1964;
- EGAÑA**, Manuel Simón, *Bienes y derechos reales*, Ed. CRITERIO, Caracas 1974;
- GADAMER**, Hans George, *Acotaciones hermenéuticas, Hermenéutica, teoría y práctica*, Ed. TROTTA, Madrid 2002;
- GALLEGOS**, Rómulo, Doña Bárbara, edición en internet,
 Eb <https://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/Dona%20Barbara%20%20Romulo%20Gallegos.pdf> ;
- IGLESIAS**, Juan, *Derecho romano*, Ed. ARIEL DERECHO 15ª. ED 2004;
- JIMÉNEZ PARÍS**, Teresa, *El momento de la Buena Fe*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006;
- KUMMEROW**, Gert, *Bienes y derechos reales (Derecho Civil II)*, Ed. UCV, Caracas, 1965;
- LADARIA CALDENTEY**, Juan, *Legitimación y apariencia jurídica*, Ed. Bosch, 1952;
- MAZEAUD**, Henry y León & **MAZEAUD**, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte Segunda, volumen 4, Ediciones Jurídicas, EUROPA-AMÉRICA, 1960;
- MOLINARIO**, Alberto D., *De las relaciones reales*, ED. La ley BS.AS. 1965;
- MORENO MOCHOLI**, Miguel, *EL PRECARIO*, Ed. de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA;
- PARRA**, Ramiro Antonio, *Acciones posesorias*, en Ensayos de Derecho Procesal Civil y Derecho Civil, Ed. FABRETON, Caracas 1975, dos tomos;
- PETIT**, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Ed. Nacional, Mx.1966;
- SÁNCHEZ BECERRA**, Gustavo, *Construcciones y plantaciones en fundo ajeno*, segunda edición, Caracas 1956;
- VALENCIA ZEA**, Arturo, *La posesión*, Ed. TEMIS, Bogotá 1978.