

ponen el organismo tutelar la responsabilidad por los perjuicios ocasionados, aducida en el séptimo motivo del recurso con base en una frase que en forma hipotética se insertaba en uno de los considerandos de la sentencia recurrida.

Ello obedece a que no habiendo en los autos elementos que prueben la culpa del Consejo de familia, cabe presumir que su conducta pasiva durante el ejercicio de la tutela obedeció a una confianza excesiva en el tutor, a la que éste no supo corresponder. Pero aun admitiendo la solidaridad, como la demandante era dueña de su acción, al no ejercitarla contra los miembros del Consejo, seguramente porque no lo consideró necesario para sus intereses, quedan estos fuera del pleito.

Esta solución es perfectamente correcta, porque aun dando como probada—y no lo está—la existencia de una obligación solidaria, el acreedor, según dispone el artículo 1.144, puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios; y es lo que ocurriría en este caso, resultando preferido el tutor. En todo caso, no sería el recurso el momento oportuno para invocar la solidaridad.

Que la recurrida prefiriese dirigir su acción contra el tutor—en el supuesto de pensar que existía un incumplimiento conjunto de obligaciones por parte de todos los componentes del organismo tutelar, del que nacería una responsabilidad solidaria—es perfectamente explicable, porque para determinar el alcance de los perjuicios que se le ocasionaron era precisa la rendición de cuentas, y esta rendición es exigida por la ley únicamente al tutor, por ser él quien directa y personalmente se encuentra encargado de administrar los bienes y de la guarda de los menores.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

3. El problema de la prueba en los interdictos posesorios y otras cuestiones

(SENTENCIA 11 JUNIO 1948)

ANTECEDENTES.—La inteligencia de la resolución precisa tener presentes los siguientes hechos: En un doble procedimiento interdictal, producto de la acumulación del de retener al de obra nueva—solicitada para el trámite de prueba estaba concluido en el interdicto iniciado—se propusieron por el demandante, en la segunda pieza, las de confesión, documentos, testigos, reconocimiento judicial y dictamen pericial. El demandado se opuso a la admisión de esta última. Y el Juez declaró pertinentes las otras, pero inadmisibles la pericial. El demandado objetó, impugnando tal pronunciamiento para dejar a salvo sus recursos, que la diligencia de reconocimiento judicial no se permitía en los artículos 1.644 y 1.656 de la LEC, ante lo cual el Juez, imputando a error la resolución precedente *decide revocarla*, dejando sin efecto el reconocimiento judicial. Interpuesto por el actor recurso de reposición contra dicha providencia, fué desestimado. De todos modos, la resolución definitiva le fué favorable, por lo cual, cuando, apelada la sentencia, el primitivo actor (ahora apelado) hubo de pronunciarse sobre el apuntamiento, decidió, por medio de otrosí, solicitar de nuevo la recepción de las pruebas denegadas, amparándose en los artícu-

ios 859 y siguientes de la LEC. El apelante se opuso a dicha recepción y la Audiencia dictó auto no dando lugar al recibimiento a prueba por no estimarlo preceptivo. Contra esto se interpuso recurso de súplica. Desestimado, y seguida la apelación por sus trámites, se dictó sentencia que revocaba la de instancia. Se interpuso entonces recurso de casación por quebrantamiento de forma fundado en: 1.º) denegación de la diligencia de reconocimiento judicial, tanto en primera como en segunda instancia, que era admisible, y cuya falta produjo indefensión (LEC, 1.693^o); 2.º) Falta de recibimiento a prueba en segunda instancia cuando procedía con arreglo a derecho (1.693^o).

Cuestiones a decidir

Como expresa con gran acierto el primer "considerando" de la sentencia, hay dos problemas fundamentales planteados en el recurso. El primero, si puede el Juez dejar sin efecto *ex officio* la admisión, acordada ya, de una prueba, alegando que fué admitida por error. El segundo, si es admisible el reconocimiento judicial, como medio de prueba, propuesto por las partes, en los interdictos de obra nueva y de retener, y, caso de que lo sea, si denegado en primera debió practicarse en segunda instancia.

Soluciones patrocinadas por el Tribunal Supremo

1. El primero de los problemas, afrontado en el segundo "considerando", se elude de modo explícito por la Sala; pero implícitamente se resuelve en sentido negativo. En efecto, prescindiendo del formalismo del gerundio, la sentencia razona así: "No se puede acceder al extremo primero del recurso, porque la viabilidad de la casación por quebrantamiento de forma se hace depender en la L. E. C. de que, al tiempo de cometerse, se haya pedido la subsanación de la falta (arts. 1.696 y 1.752^o). Ahora bien, la parte formuló dicha petición en instancia; pero al reproducirla ante la Audiencia, debió sustanciarse y decidirse por los trámites de los incidentes (art. 859). No se hizo así, y de ello son responsables la Audiencia, que debió ordenar dicha tramitación, y la parte, que debió exigirla. No la exigió. Luego el requisito de los artículos 1.692 y 1.792 ha sido incumplido, y no procede admitir el recurso por este motivo.

Es evidente que la viabilidad de la pretensión de reforma alegada depende de dos condiciones: una, externa, que la resolución que se impugna discrepe del derecho objetivo; la otra, interna, que la pretensión reúna todos los presupuestos de admisibilidad. El Tribunal Supremo ha estimado aquí que uno de tales presupuestos no ha sido cumplido. Por esto rechaza la pretensión. Pero del modo como lo hace, hay que colegir que, a no ser por ese defecto, la hubiera considerado viable. La frase que emplea "no se puede acceder a este extremo del recurso" denota que se accedería si mediaran los presupuestos de admisibilidad.

2. Al segundo de los problemas le da el Tribunal una solución negativa: No compete la prueba de reconocimiento judicial en los interdictos de retener y de obra nueva. ¿Las razones? Estas: Los artículos 1.656 y 1.766 de la L. E. C. disponen que para la celebración del juicio verbal

se observará lo prevenido en el artículo 1.644. No hay, en esa remisión, ningún punto exceptuado. Luego la remisión es completa y se refiere también a las pruebas que pueden ser propuestas y practicadas. En consecuencia, sólo proceden las de posiciones, documentos y testigos.

Apreciación crítica

1. Desde una consideración estrictamente dialéctica, la sentencia comentada presenta varios puntos vulnerables. Incurre en la inconsecuencia de dar por incumplido el requisito previo que exige para la admisibilidad la L. E. C., acumulando a esta exigencia otra que nada tiene que ver con ella. En efecto, la Ley, en el artículo 1.752, impone a la Sala el deber de examinar si se ha reclamado la subsanación de la falta cometida. Y, al hacerlo, la Sala estima que no. Pero los mismos hechos que la resolución tuvo en cuenta prueban lo contrario.

El alcance que da la Ley a esa petición subsanatoria brota claramente del artículo 1.696: "Para que puedan ser admitidos los recursos de casación fundados en quebrantamiento de forma será indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió; y si hubiere ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, conforme a lo prevenido en el artículo 859." Por su parte, el artículo 859 dice: "Cuando en la primera instancia se hubiere quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio, de las que dan lugar al recurso de casación, y reclamada en ella no hubiere sido estimada, la parte a quien interese podrá reproducir su pretensión por medio de otrosí en el escrito a que se refiere el artículo 857, para que se subsane la falta. Esta reclamación se substanciará y decidirá previamente por los trámites establecidos para los incidentes..." Hasta aquí lo que interesa del artículo.

Es, pues, clarísimo que la L. E. C. exige, para la procedencia del recurso, tres contingencias: 1.^a, que se haya cometido una falta; 2.^a, que se pida la subsanación en la misma instancia en que se cometió; 3.^a, que si fué en la primera, se reproduzca la petición en la segunda. ¿Exige, además, la L. E. C. alguna otra condición para la procedencia del recurso? Entendemos que no. El apartado segundo del artículo 859 no se refiere a ninguna actividad de la parte, ya que la substanciación y decisión competen al Tribunal, y, por consiguiente, la petición subsanatoria *agota*, en este respecto, la línea de acción obligatoria para el recurrente.

De todas suertes, para llegar a una solución lógica precisa y basta plantear este problema simplicísimo: ¿Cuál es la falta contra la cual es imprescindible que se haya reclamado? Evidente que la respuesta no puede ser más que una. La falta es aquella que se alega como motivo del recurso; aquí, la revocación *ex officio* de las diligencias de prueba ya acordadas. Ahora bien, contra esta falta específica, según la propia sentencia, se reclamó en primera instancia y se volvió a reclamar en segunda. ¿Que la substanciación y decisión no siguieron el trámite legal? Eso es un hecho constitutivo de una falta distinta por la cual no re-

curre—ni podría—la parte. No hay, pues, causa para exigirle que contra esta diversa infracción haya análogamente reclamado; pero todavía la cuestión es más dudosa si se considera que la petición subsanatoria susodicha se hizo (según parece deducirse de los resultandos) al amparo de los artículos 859 y siguientes. Y más bien, como creyó la Audiencia, dando al caso la fisonomía prevista en los artículos 860, 862, en relación a los 864, 865 y 866.

Separado esto, desde un plano rigurosamente teórico, nos parece que la solución implícita de la Sala es correcta. El principio dispositivo que gobierna nuestra L. E. C. se opone a la revocación de los actos propios. Cuando el Juez anuló de oficio la providencia en que acordara la prueba de reconocimiento judicial, tomaba una determinación que no podía justificar con ningún precepto positivo concreto. Además, la terminante prescripción del artículo 363, la teoría de la cosa juzgada, y el artículo 567¹ son objeciones infranqueables a la posibilidad de autorrevocación. Si en algún supuesto excepcional, como en el artículo 442, este principio hace quiebra, es, precisamente, porque la manifestación volitiva vinculante *no ha podido producirse aún*. Pero una vez que el órgano judicial ha decidido realmente, salvo deficiencia de jurisdicción, el acto jurídico que de él emana queda sustraído a su competencia, pues es ya expresión objetiva del Poder del Estado.

Prieto Castro ha expresado con exactitud cómo y por qué no pueden los Tribunales rectificarse a sí mismos, en estas palabras: "... Los actos del Tribunal, si se trata de resoluciones decisorias, sólo a instancia de parte, manifestada en recurso, son revocables, y únicamente por economía procesal cabría la anulación de oficio de las resoluciones ordinatorias del procedimiento, con tal que de ellas no se hayan derivado ya derechos y obligaciones procesales"².

2. Otro problema interesante que la sentencia intenta resolver es el de los medios de prueba admisibles en los interdictos indicados. El Tribunal Supremo se ha ceñido estrechamente al tenor literal de los artículos 1.656 y 1.666, sin contar con una serie de consideraciones contrarias del más alto valor.

La opinión de nuestra doctrina procesalista con respecto al problema no es unánime. Manresa, por ejemplo, patrocinaba la limitación de los instrumentos de prueba³. De Miguel y Romero⁴ y Prieto Castro⁴ son de parecer opuesto. Para este último la remisión de los artículos 1.556 y 1.666 sólo afecta a la *celebración*, es decir, a la sustanciación y procedimiento; nada se dice de los medios de prueba, lo que confirma el artículo 1.656 en su apartado segundo, al no aludirlos. Luego hay que atenerse a la doctrina general sobre admisibilidad.

1. *Derecho procesal civil*, 1948, I, pág. 215.

2. *Comentarios a la L. E. C.*, 1947, págs. 454 y 471.

3. *Las pruebas en los juicios de interdicto de retener y de recobrar*, en R. G. L. J., 1943, II, págs. 408 y sigs.

4. *Derecho procesal*, cit., págs. 33 y sigs.

Desde el punto de vista del investigador que se ve frente a tales discrepancias, la cuestión, en principio, es dudosa. La interpretación literal no es segura: no proporciona un criterio definitivo. Por lo demás, la práctica de los Tribunales manifiesta las mismas oscilaciones. Hay quienes se acogen, y quienes no, al criterio restrictivo. En casos como éstos, el Tribunal Supremo *actúa como legislador*. La resolución tiende a adquirir un valor equiparable al de las leyes. El Tribunal Supremo, puesto que iba a pronunciarse, de hecho, como legislador, debió salirse de la casuística concreta para remontarse hasta los principios científicos de la política del Derecho. Conducta más racional no sería posible. Pero veamos el aspecto del problema.

Penetrando primero en el espíritu del sistema positivo, ¿qué móvil pudo inspirar a la L. E. C. la restricción en el interdicto de adquirir ciertos medios de prueba? Es indudable que el motivo tuvo que ser la incomunicación existente entre el objeto del interdicto y esos medios de prueba. Es lógico que deniegue el reconocimiento judicial y la pericia, porque son enteramente ociosos. Supondrían una dilación antieconómica e innecesaria. El fin del interdicto de adquirir consiste en el otorgamiento de la posesión en bienes heredados. Por eso, en la fase contradictoria del interdicto, cabe discutir únicamente sobre el *hecho* de la posesión. Y con todo rigor las pruebas que admite la L. E. C. son sólo las adecuadas al esclarecimiento de aquel hecho. Ahora bien, al problema de si posee ya una persona por más de un año (límite de la cuestión posesoria) nada pueden decir ni el reconocimiento judicial ni la pericia. El primero es ineficaz, porque no revela nada de la relación persona-cosa. Y la segunda lo es también, porque, para decidir eso, huelgan conocimientos científicos, artísticos o prácticos. Luego es la naturaleza del interdicto de adquirir la que rehuye tales medios de prueba, y aunque no existiera el artículo 1.644 en la ley, el resultado sería el mismo por aplicación de los principios que rigen el procedimiento sumario, por economía procesal y por influjo directo de los artículos 633 (que se refiere a una situación de *ne-cesidad*) y 610.

Pero todas estas razones no son aplicables a los otros dos interdictos: la naturaleza del tema a decidir es completamente distinta. Ya no se discute sobre el simple hecho de una posesión, sino sobre la eficacia perturbadora que una conducta determinada pueda ejercer en ella. Y aquí sí que llegan a ser convenientes, tanto el reconocimiento judicial como la pericia. Al investigar la existencia de la perturbación o despojo se harán muchas veces imprescindibles. Y lo mismo en caso de una obra nueva.

Bien; pues siendo esto así, ¿cómo puede estimarse que la ley despoje a la parte de la facultad de proponer (que al fin no es practicar) pruebas acaso necesarias a la justificación de su derecho? Y esta *indefensión*, ¿cómo tratarla? Ciertamente existe en el interdicto de obra nueva la posibilidad de acordar de oficio, para mejor proveer, el reconocimiento judicial con asistencia de un perito, pero esta posibilidad es un recurso

para el juzgador cuya convicción se presenta dudosa: no garantía suficiente de las partes.

Estos argumentos se refuerzan aún más teniendo en cuenta que si la L. E. C.—tan remisa en ello—confiere al Juez la facultad de acordar el reconocimiento para mejor proveer (arts. 340 y 1.667), con mayor razón hay que pensar que, salvo si expresamente lo deniega, le otorgará también la de acordarlo a instancia de parte. Por ende, ante la dudosa manifestación de la ley, es más lógico inclinarse por la tesis admissiva.

Más que todas estas razones pueden convencer, sin embargo, los criterios científicos de la política del Derecho.

El artículo 567 dispone así: "Contra las providencias en que se otorgue alguna diligencia de prueba no se dará recurso alguno." Una disposición tal de la Ley equivale a consagrar el principio de omnipotencia judicial en la recepción de la prueba. La inapelabilidad atribuida a la providencia de admisión la convierte en resolución de última instancia, que adquiere la soberanía formal del acto jurídico inmutable. Se ve aquí, por tanto, un poder del Juez *que carece de límite alguno*. A lo más, se puede estimar que lo sea el artículo 1.215 del Código civil (en relación con el 578 de la L. E. C.).

La ley de impenetrabilidad de poderes—enunciada en otro lugar—advierte la invalidación práctica de una norma jurídica que pretenda limitar para un acto concreto poderes que con carácter general se han conferido plenamente⁵. Tal ley es aquí característicamente aplicable. La limitación, que se quiere ver en los artículos 1.644 y 1.656, con relación al Juez tiene que resultar invalidada, de hecho y de derecho. De hecho, porque donde no hay recurso no hay posibilidad de exigencia jurídica, y las cosas quedan como el Juez las deje. Lo que el Tribunal Supremo preceptúe acerca de la inadmisibilidad de ciertas diligencias de prueba no cuenta jurídicamente si el Juez no lo acata. Pues, de hecho y de derecho, las partes podrán seguir proponiendo esos medios de prueba, ahora rechazados, y el Juez *los puede seguir admitiendo*, sin que contra esta admisión haya ninguna cosa que objetar.

El significado que tiene, entonces, la resolución actual ha de ser éste: Las partes podrán proponer aún el reconocimiento y la pericia, y los Jueces, discrecionalmente, admitirlos o no. Si los admiten no será recurso (artículo 567); pero si no los admiten *tampoco*, ya que la reciente jurisprudencia, al suprimir, *como derecho de las partes*, estos medios de prueba, ha consagrado la discrecionalidad del Juez. Ante este resultado, se observa cómo *era más política* una decisión en otro sentido, pues el Tribunal Supremo conservaría el *control* de estos problemas en el caso de indefensión de las partes.

Lo que interesa que el Tribunal Supremo no haga en lo sucesivo es ir contra la sana doctrina, anulando el artículo 567. Puede hacerlo, ya que decide en última instancia, y la misma ley de impenetrabilidad de

5. R. G. D., may. 1948, pág. 272.

poderes lo corrobora. Sería una verdadera invasión y un silencioso golpe de fuerza; pero sería inevitable.

Las deficiencias técnicas del proceso

La situación anómala que se discute dimana de una serie de apreciaciones técnicas equívocas. El primer error lo cometió el demandado. Un somero examen de los autos hace evidente que la finalidad de la acumulación no era otra que hacer posible la proposición de los dos discutidos medios de prueba, silenciados en el interdicto inicial. Por su finalidad, el interdicto acumulado resultaba un *proceso abusivo*, ya que la naturaleza de las cosas excluía la acumulación. En efecto: no podía darse tal acumulación de autos por la sencilla razón de que la acción existente era única. Sólo la paupérrima regulación de nuestra ley procesal y la precaria situación de la doctrina monográfica dan lugar a tales inconsecuencias y dudas. Y no se nos acuse de utopía, alegando que una cosa es la teoría y otra la práctica, pues entre *lo que debe hacerse* (teoría) y *lo que realmente se hace* (práctica) jurídicamente se ha de preferir siempre la primera.

Al proponer el actor el segundo interdicto debió de oponérsele la excepción de *litis-pendencia*. Del hecho fundamental alegado repetidamente no se deducía más que *una sola acción*. Y el ejercicio, sucesivo o simultáneo, de dos acciones *equipetitorias* es abuso ya y no derecho.

Todo esto es clarísimo si se considera separadamente el *resultado* de los dos procesos. En cualquier hipótesis se verá que es necesario que opere la excepción de *litis-pendencia*.

Supongamos, estimado el interdicto de obra nueva, ¿qué ocurrirá con el de retener? Indiscutiblemente, no podría ser desestimado, porque el hecho que produce la suspensión de la obra es la *violentia possessione*, el mismo que basta para la admisión del interdicto de retener. Pero, supongamos también que se desestima el de obra nueva, ¿podría estimarse, en cambio, el de retener? En absoluto, no. La inadmisión del interdicto de obra nueva depende de la declaración de que el actor no posee (de un modo u otro). Y la admisión del de retener, por el contrario, depende de que se le considere poseedor. ¿Poseedor y no poseedor dentro del mismo caso? A tal absurdo no hay legislación que pueda llegar. Por otra parte, ¿qué significación tendría la viabilidad del interdicto de retener frente a una desestimación del de obra nueva? Por un lado, la obra sigue; por otro, la posesión se afirma o se manda recuperar. Y aun más, ¿qué añade un interdicto a otro en el caso de estimación conjunta? Nada, puesto que la demolición de las obras, como cuestión jurídica, expresamente se reserva para el juicio plenario (art. 1.675).

Frente a estas consideraciones está el texto de la L. E. C., que, en su artículo 154, sanciona rotundamente la posibilidad de que los interdictos sean acumulables entre sí. ¿Qué alcance tiene este precepto? ¿Destruye la tesis anticipada de la viabilidad de la excepción de *litis-pendencia*? Creemos que no, y estimamos que aun la refuerza. Tal aserción se justi-

fica con sólo tener en cuenta la finalidad de ambas instituciones. El fin de la litispendencia no es otro que impedir un doble proceso, cosa contraria al principio de economía procesal, y, sobre todo, que impedir una resolución contradictoria, que incrustaría una grave dificultad en la teoría de la cosa juzgada, como señala con acierto la sentencia de 10 de junio de 1914. El mismo fin tiene la acumulación de autos, según claramente se deduce de los artículos 161 y 162 de la L. E. C. El tratamiento procesal que nuestro Derecho atribuye a la litispendencia, considerándola como excepción, debía traer, como contrapartida para evitar resoluciones contradictorias, la oportunidad de acumular aquellos autos que, por la naturaleza de las cuestiones debatidas, albergaran el peligro de apreciaciones antitéticas.

El segundo error táctico lo cometió el Juez de instancia. Una vez decidida la revocación, lo que procedía, para evitar el recurso en casación, era decretar, para mejor proveer, la práctica del reconocimiento. La hipótesis de la indefensión que la ley considera no se hubiera dado como supuesto del recurso.

José LOIS ESTEVEZ