

II. DICTAMENES

Dictamen sobre la admisibilidad procesal de la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar (*)

I

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado de primera instancia competente compareció debidamente representado don J. S. L., interponiendo una demanda en la que se ejercitaban las acciones posesorias de interdicto de retener o recobrar contra don P. M. H., a quien se atribuía la comisión de actos ostensibles de perturbación o despojo respecto al quieto y pacífico disfrute de un derecho de servidumbre de acueducto que correspondía al demandante como copartícipe en la propiedad de una acequia.

La demanda se fundaba sustancialmente en los siguientes hechos: El actor era copropietario en concurrencia con otras cinco personas, entre las que se encontraba el demandado, de una acequia para conducción de aguas de dominio particular con destino al riego de tierras de sus respectivas propiedades. Para la distribución del caudal de aguas existía un antiguo partididor o cantonera, que, por exigencia de la Autoridad administrativa, hubo de ser deshecho y reconstruido en otro lugar. El copartícipe demandado, no obstante haber abierto su correspondiente boca o toma de agua en la nueva cantonera, a cuya construcción dió su entera conformidad, no tapó definitivamente la toma de agua de la anterior, adjudicándose así unos derechos que ni por ley ni por pacto se le habían reconocido, y contestando, al serle formulado requerimiento notarial, que taparía la boca de la nueva cantonera por caer encima de la bomba de su estanque, afirmación inexacta de hecho. Por otra parte, el demandado, para el riego de una cadena de cultivo que lindaba por todo su ancho con la acequia y no obstante tener, como así lo reconocía, una boca de riego en la cabeza de la cadena, además de poder utilizar otra toma de agua en común con los restantes copartícipes, inició y estaba a punto de terminar unas obras para la apertura de otra boca de riego más, dificultando así el servicio y utilización de la acequia, independientemente del abuso de hecho que implicaban tales actos de verdadero despojo, sin consentimiento ni aprobación tácita de los demás comuneros, al servirse con exceso de un derecho de servidumbre ostentado y disfrutado dentro de un régimen de titularidad común. Finalmente, el demandado se

(*) Facilitado por el despacho de nuestro colaborador D. Jaime Guasp Deigado.

había apropiado indebidamente de toda la margen izquierda de la acequia, que le servía a ésta de desahogo, dejándola reducida en su ancho sólo a un resguardo de mampostería con un fin de lucro evidente, pues trataba de convertir en terreno cultivable el correspondiente par de metros de terraplén. Aproximadamente dos meses antes de la presentación del interdicto, el demandado, valiéndose de una brigada de obreros a sus órdenes, comenzó las obras de apertura de nueva boca en la acequia y el desmonte y arrasamiento de la margen de la misma.

Como fundamentos legales de la demanda se invocaban el artículo 446 del Código civil, que reconoce a todo poseedor el derecho a que se le ampare en su posesión; el artículo 642 del citado cuerpo legal, en concordancia con los artículos 92 a 99 de la vigente Ley de Aguas, como norma general en materia de servidumbre y en relación con las obligaciones y restricciones del derecho de propiedad sobre los predios sirvientes; el artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que establece el procedimiento para el amparo o restitución de la posesión inquietada o perturbada y el artículo 63, regla 15, de la misma Ley procesal civil en cuanto a la competencia del Juzgado.

En atención a estos fundamentos el suplico de la demanda decía sustancialmente que habiendo por presentada en tiempo y forma la *demandade interdicto de retener o de recobrar alternativamente* se sirviera el Juzgado declarar que, habiendo lugar al *interdicto de retener o de recobrar según el criterio del Juez* ("V. S."), se mandara restituir en el regular y pacífico disfrute de la servidumbre de acueducto al demandante, condenando al demandado a tapar la toma de aguas de su estanque en la primitiva cantonera, a deshacer la toma de aguas que acababa de abrir en la margen izquierda de la acequia para el riego de su cadena de cultivos y a reponer la citada margen izquierda en la anchura que antes tenía para el desahogo del acueducto y en las debidas condiciones de seguridad para el buen servicio de su vigilancia, limpieza y conservación, solicitándose, asimismo, el pago de las costas procesales del juicio y la indemnización de daños y perjuicios si los hubiere.

2. No obra en poder del informante (ni es necesario tampoco para la estricta solución del problema suscitado) el detalle de la ulterior tramitación del proceso interdictal. Si consta, empero, en los antecedentes, que el demandado atacó el planteamiento alternativo de la demanda invocando, en el tercer fundamento de derecho de su contestación, la excepción contenida en el número 6 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es decir la excepción de *defecto legal en el modo de proponer la demanda*, que fué recogida y aceptada en el fallo del Juez.

En efecto, la sentencia dictada en el interdicto afirmó que, por lo que aicataba a la excepción que se oponía en el fundamento de derecho tercero de la contestación a la demanda, esto es, la contenida en el número 6 del artículo 533 de la Ley procesal antedicha, era evidente que el actor no podía, en buenos principios de rogación de la jurisdicción civil, accionar en la forma que lo hacía interponiendo los interdictos de retener o recobrar, dejando al Juzgado la elección de uno o de otro, según su criterio. Los actos o hechos que pueden dar lugar al despojo de una posesión o bien simplemente a una inquietud de la

misma son distintos y distintas son, asimismo, las resoluciones que han de recaer, siendo ese el alcance y significado que tienen los artículos 446 del Código civil y 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento, de donde se deduce que al actor incumbe determinar y escoger la acción derivada del derecho que considere lesionado, pero no dejarlo al criterio judicial, ya que el juzgador no tiene opción y no se le puede conceder la intervención de oficio que ello supondría, significando además un medio de suplir errores u omisiones de una de las partes con posible perjuicio para la contraria, colocándose así aquélla en rango y posición desigual. Por ello, añadiendo que, ante la indudable anomalía que representa la falta de precisión en el pedimento del suplico de la demanda, en contraposición a lo prevenido en el artículo 524 de la Ley procesal civil no era posible entrar a examinar el fondo del asunto principal, se falló estimando la excepción opuesta por la parte demandada de defecto legal en el modo de proponer la demanda y, en consecuencia, desestimando ésta con la declaración de no haber lugar a la misma y expresa imposición de las costas a la parte actora en aplicación del artículo 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3. A la vista del fallo anterior, se pregunta si la sentencia se halla ajustada a derecho o, lo que es lo mismo, si la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar es procesalmente correcta y debe, por ello, ser admitida o si no obedece a las prescripciones vigentes en nuestro derecho y ha de ser rechazada, por lo tanto.

II

PLANTEAMIENTO

1. Para el ordenado desarrollo de la diversa serie de problemas que componen el presente dictamen conviene anunciar, ya desde un principio el sistema que ha de seguirse en su exposición.

2. En primer término será planteada la cuestión, que es, aparentemente, la esencial en el presente caso, de la admisibilidad o inadmisibilidad en el derecho procesal civil español, del *ejercicio alternativo de acciones* o, dicho en otros términos, de la posibilidad legal de iniciar un proceso que tenga como contenido dos o más pretensiones planteadas en forma alternativa. Ello obligará a hacer un estudio breve, pero suficiente de la figura de la acumulación alternativa en el terreno doctrinal y en el positivo con objeto de indagar su admisibilidad o inadmisibilidad en la práctica española y con el fin de conocer también hasta qué punto se ha producido dicho fenómeno en el supuesto actual.

3. Ahora bien (y sin que esto sea anticipar tesis prematuras) al finalizar el examen anterior se verá cómo en la demanda alternativa sometida a análisis en el presente informe no se da verdaderamente una hipótesis de pluralidad alternativa de pretensiones, sino una hipótesis de *pluralidad alternativa de los fundamentos de una sola pretensión* (o de varias pretensiones acumuladas conjuntamente). Habrá así que ponerse en contacto con el problema de la plura-

lidad alternativa de los fundamentos de una pretensión, fijando las diferencias que existen entre esta figura y la anterior, y precisando igualmente, a base de consideraciones doctrinales y positivas, su admisibilidad o inadmisibilidad en el derecho español.

4. Las consideraciones obtenidas en los precedentes apartados serán objeto de singular *aplicación al caso específico de las acciones posesorias*. En efecto, habiéndose suscitado la cuestión actual con motivo de la interposición alternativa de un interdicto de retener o recobrar, se hace necesario saber hasta qué punto la concreta naturaleza de tales interdictos y las posibilidades (o imposibilidades) de su recíproca delimitación confirman o rectifican los principios generales sobre planteamiento alternativo de pretensiones o de los fundamentos de una pretensión. Para obtener dicha aplicación, el problema de la unidad o variedad de los interdictos que regula nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento civil será expresamente planteado y a la luz de la solución que sea preciso darle se procederá a la determinación concreta de los resultados que arroje la investigación.

5. Tales resultados serán resumidos, finalmente, en un último apartado en el que, como breves *conclusiones*, se expongan cada uno de los criterios desarrollados en la exposición anterior y el juicio definitivo que merezca la sentencia dictada en el presente interdicto de retener o recobrar.

III

LA PLURALIDAD ALTERNATIVA DE PRETENSIONES

1. Un proceso tiene siempre por objeto una pretensión de parte, esto es, una reclamación que alguien dirige al órgano jurisdiccional frente a sujeto distinto del autor de la reclamación. Sin que sea necesario ni posible entrar aquí en la polémica, puramente doctrinal por otra parte, acerca del concepto del proceso, para la finalidad que nos proponemos en el presente caso resulta del todo suficiente como punto de partida la empírica observación de que hay en todo proceso como materia del mismo una pretensión de parte que es la verdadera *res litigiosa*: la pretensión de que se declare una incapacidad, de que se pague una deuda, de que se deshaga una obra mal hecha, etc.

Pero así como dada la premisa anterior no es imaginable la existencia de un proceso carente de una pretensión, sí es, en cambio, perfectamente concebible la existencia de un proceso que tenga por objeto no ya una, sino dos o más pretensiones. Si una persona demanda a otra reclamando la entrega de una cosa y el pago de una cantidad, el proceso originado por la demanda no tiene un solo objeto, sino dos objetos distintos que corresponden a cada una de las pretensiones formuladas.

La posibilidad teórica de reunir en un solo proceso dos o más pretensiones de parte es expresamente reconocida por la inmensa mayoría de las doctrinas y legislaciones procesales. El principio fundamental en que tanto unas como otras

se apoyan es el de la *economía procesal*. Si en un solo proceso pueden ventilarse y decidirse dos o más pretensiones (que, en otro caso, darían lugar a procesos distintos) se ahorran evidentemente con la unificación una serie de trámites comunes que habrían, si no, de ser repetidos. Por otra parte, si las pretensiones que se acumulan tienen algún elemento idéntico, es decir, si se trata de pretensiones conexas, una nueva razón viene a añadirse a la anterior en defensa de la admisibilidad de la pluralidad objetiva: la necesidad de evitar fallos contradictorios, resultado a que podría llegarse si, siguiendo por separado los procesos, fuesen distintamente valorados aquellos elementos comunes. La fuerza de ambas razones conjugadas explica la unanimidad con que científica y legalmente es defendida la tesis de la posibilidad de la acumulación, unanimidad que no es, desde luego destruída por el derecho español. Pues el derecho español admite sin reservas la figura de la pluralidad procesal objetiva al decir en el artículo 153 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil (sobre acumulación de acciones: dejamos a un lado la hipótesis de la acumulación de autos o pluralidad sucesiva de pretensiones, por no interesar en el caso actual) que "el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado", siendo reconocida al demandado análoga facultad en virtud de la figura llamada reconvencción, expresamente admitida en el artículo 524 del citado cuerpo legal. No existe sino un límite negativo a la posibilidad de acumulación tan ampliamente regulada en los mencionados preceptos: este límite es el de la incompatibilidad de las pretensiones reunidas, que expresamente establece el artículo 154 de la misma Ley, y que puede ser tanto incompatibilidad material (si se excluyen mutuamente o son contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impide o hace ineficaz el ejercicio de la otra) como incompatibilidad procesal (si una y otra pretensión se hallan sometidas a un tratamiento procesal distinto, bien en cuanto a la competencia del Juez, bien en cuanto al desarrollo del procedimiento).

2. Ahora bien, la figura genérica de la pluralidad de pretensiones cuya admisibilidad de principio no es dudosa en el derecho español dados sus preceptos expresos, según acaba de verse en el apartado anterior, se manifiesta en la práctica en formas diversas que exigen una ulterior especificación. Una importante dualidad de hipótesis es preciso establecer, en efecto, en el concepto inicial, distinguiendo dentro de él la hipótesis de la pluralidad de pretensiones conjuntiva y la hipótesis de la pluralidad de pretensiones alternativa, es decir, las pretensiones reunidas de una manera cumulativa (*a y b*) o de una manera disyuntiva (*a o b*). Si el actor solicita la condena del demandado a la entrega de una cosa y al pago de una cantidad, su demanda contiene una pluralidad conjunta de pretensiones; si solicita la condena del demandado a la entrega de una cosa o al pago de una cantidad, su demanda contiene una pluralidad alternativa de pretensiones. Este último supuesto puede darse prácticamente con cierta tipicidad en la aplicación de la llamada condición resolutoria tácita de los contratos bilaterales si el perjudicado por el incumplimiento formula su demanda reclamando alternativamente el cumplimiento de la obligación o la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

3. La admisibilidad de la pluralidad de pretensiones cumulativa o conjunta no ofrece teórica o prácticamente duda alguna. Este es, en efecto, el caso típico de acumulación de acciones, aquel para el que han dictado, con carácter exclusivo, los preceptos de nuestro derecho procesal civil, y del que la realidad muestra constantes e indiscutidos ejemplos de aplicación. No nos detendremos, por tanto, en su estudio, teniendo en cuenta, por otra parte, que su examen es irrelevante para la solución del problema que se plantea en el presente dictamen.

4. La pluralidad alternativa de pretensiones ofrece en cambio muchas mayores dificultades en cuanto a la fijación de su admisibilidad. El simple enunciado de la figura (la petición por una persona de una cosa u otra alternativamente) parece chocar ya desde un principio con una máxima fundamental dentro del ordenamiento del proceso civil; la de la precisa determinación de lo pedido, esto es, del objeto de la reclamación, que falta en el caso de la petición alternativa. En segundo lugar, profundizando el análisis del tipo, se observa que en el caso de acumulación alternativa parece existir una incompatibilidad material entre las distintas pretensiones formuladas en cuanto que la estimación de la una impide la actuación de la otra, ya que sólo una de ellas no las dos, son debidas. Finalmente, cabría objetar contra la admisibilidad de la alternativa las dificultades prácticas que su adopción llevaría consigo: ¿a quién corresponde la elección entre los dos (o más) extremos de la disyuntiva? ¿en qué forma y momento deberá llevarse a cabo esta elección? ¿cuáles serán las consecuencias de la elección o de la falta de elección por parte de quien tiene la facultad correspondiente? A la vista de estas dificultades, cabe preguntarse si realmente el principio de la economía procesal (que en el caso presente se reduce a un principio de comodidad para el actor) no debe ceder ante las exigencias opuestas y reconocer la tesis de la inadmisibilidad.

5. Esto es lo que ha hecho muchas veces la doctrina, especialmente la alemana, única que ha tratado amplia y expresamente el problema. Si se repasan las obras de los cultivadores más autorizados del derecho procesal civil alemán, se ve cómo la tesis negadora de la acumulación alternativa de demandas (*alternative Klagenhäufung*) es resueltamente sostenida. WEISMANN (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1903, I, pág. 72) admite sólo la petición alternativa en caso de que se funde en una obligación alternativa, dejando la elección, según los casos, al deudor o al acreedor y afirmando que el acreedor debe usar de su facultad de elección antes de que comience la ejecución forzosa; ROSENBERG (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlín, 1929, pág. 286) niega la admisibilidad de la acumulación alternativa, salvo los casos de una petición fundada en supuestos distintos (hipótesis que se examina en el apartado siguiente) y de obligación alternativa, apoyándose en el imperativo de la necesaria determinación del *petitum*. SCHÖNKE (*Zivilprozessrecht*, Berlín, 1938, página 170) dice expresamente que es inadmisibile una acumulación alternativa, pues falta en ella la exigida determinación de lo que se pide en la demanda si bien reconoce que la mayor parte de estas acumulaciones se hacen en la práctica en forma de unión eventual que está sometida a distinto régimen. En cambio, HELLWIG (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1903, II, pá-

gina 59) y KISCH (*Elementos de Derecho procesal civil*, versión española de Prieto Castro, Madrid, 1932, pág. 313) hablan sin reservas de la acumulación alternativa, si bien, por no hacer ulteriores aclaraciones cabe suponer que se refieren simplemente a los supuestos excepcionales que los restantes autores también admiten.

Por el contrario, la doctrina española, dentro de la extraordinaria parquedad con que aborda el problema, muestra una actitud tolerante hacia la acumulación alternativa. MIGUEL y ROMERO (*Lecciones y modelos de práctica forense*, Madrid-Valladolid, 1944, II, pág. 86) dice que "la Ley no lo prohíbe y la jurisprudencia admite que se formulen pretensiones alternativas" aplicando esta afirmación precisamente al caso que ahora nos interesa, del interdicto de retener o recobrar: "en caso de que sea difícil determinar si hubo despojo o mera perturbación, pueden ejercitarse alternativamente las acciones de interdicto de recobrar y de interdicto de retener". Por nuestra parte: GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, pág. 515) después de aclarar la naturaleza de la acumulación alternativa y de señalar que, en tal caso, la elección corresponde al demandado, no pudiendo el Juez condenar a todas las prestaciones sin incurrir en el vicio de incongruencia (punto que se aclara en el comentario del artículo 359), dijimos textualmente que de la acumulación alternativa no se habla expresamente en la Ley de Enjuiciamiento civil, pero la práctica presenta frecuentes ejemplos de la misma.

Y es que, en efecto, al margen de toda polémica doctrinal, la vida real del foro muestra en España abundantes ejemplos de formulación alternativa de pretensiones que no suelen suscitar graves reparos. Algunos de estos casos, discutidos, no obstante, han llegado a conocimiento del Tribunal Supremo y éste ha mostrado asimismo una postura favorable a la admisibilidad de tal tipo de acumulación. Así se deduce, sin vacilaciones, de cuatro importantes sentencias dictadas en la materia: las de 24 de marzo 1886 21 de febrero 1887, 28 de marzo 1922 y 9 de abril 1934.

En la sentencia de 24 de marzo de 1886 dijo el Tribunal Supremo que el fallo recurrido era "la resolución de una demanda alternativa que no puede menos de ser eficaz y firme en uno de sus extremos". Ciertamente que el caso de autos presentaba, no una alternativa pura (petición de *a* o *b*), sino una alternativa condicional o eventual (petición de *a*, y para el caso de que no se conceda, petición de *b*) puesto que se reclamó el pago de una cantidad *y*, para el supuesto de que no se aviniera el demandado, la sumisión de las partes a árbitros o amigables componedores; pero el fallo, como se deduce de su simple lectura, no limitó la admisibilidad a la alternativa eventual, sino a todas las clases de alternativa, sin distinguir entre ellas.

En la sentencia de 21 febrero 1887, ante una demanda en que se pidió la nulidad o la rescisión de una venta y en la que el recurrente hizo ver expresamente en casación la diferencia que existe entre petición alternativa y eventual, admitiendo la segunda y rechazando la primera, el Tribunal Supremo desestimó el recurso diciendo que "si bien la parte actora pudo formular mejor la demanda prescindiendo de la nulidad, para la cual no había razón alguna, es lo cierto que propuso disyuntivamente esa acción, o la de rescisión, que es la que estimó la

Sala sentenciadora, sin que con esa disyuntiva en la petición pueda decirse que existe acumulación de acciones incompatibles o contradictorias”.

En la sentencia de 28 enero 1892, el criterio del Tribunal Supremo es también favorable a la admisibilidad, si bien estrictamente referida a un supuesto de alternativa eventual; “la acción rescisoria formulada asimismo por los demandantes lo fué *ad cautelam*, condicional y subsidiariamente, por si no prosperaba la principal ejercitada y por consiguiente no resulta infringida en este caso la doctrina establecida (sobre incompatibilidad de las acciones de rescisión y nulidad)”.

Finalmente, en la sentencia de 9 abril 1934, también referida a un caso de eventualidad (declaración de nulidad y, si no prosperaba, de irresponsabilidad de un contratante, en la que la Sala falló a favor de la irresponsabilidad y fué atacada por el demandado invocando la incongruencia), el Tribunal Supremo reitera la misma orientación diciendo que “al optar la Sala sentenciadora por la segunda, con los particulares anexos a la misma, es claro que debe entenderse que no fué aceptada la pretendida declaración de nulidad”.

Veamos pues, que cualesquiera que sean las reservas formuladas por la doctrina de otros países a la admisión de la acumulación alternativa, la doctrina española tanto científica como jurisprudencial se muestra en general propicia al reconocimiento de este tipo.

6. En lo que toca a los textos legales estrictos tampoco existe ninguno que directa o indirectamente la prohíba. En favor de la tesis de la inadmisibilidad podrían aducirse a este respecto dos argumentos positivos y otro, negativo, por así decirlo. Los positivos, fundados en la aplicación de los arts. 524 y 154 de la Ley de Enjuiciamiento civil; el negativo, fundado en la inexistencia de preceptos especiales, dentro de nuestro derecho vigente, destinados a resolver las numerosas dudas concretas que el planteamiento alternativo suscita.

Según el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en la demanda “se fijará con claridad y precisión lo que se pide”; si la petición es alternativa puede decirse que falla la precisión, ya que no la claridad, luego la petición alternativa parece que incurre en un defecto legal en el modo de proponer la demanda y origina la excepción enunciada en el núm. 6 del art. 533, con carácter dilatorio o no, según la índole del procedimiento de que se trate. Esto es lo que ha ocurrido precisamente en el caso que se examina en el presente informe en el que la mencionada excepción ha sido invocada por el demandado y recogida en el fallo del Juez.

Según el art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento civil será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio “cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra”. Cabría decir que puesto que, en la acumulación alternativa, la elección de uno de los dos extremos del dilema impide o hace ineficaz el otro, se está ante un caso claro de imposibilidad legal de la acumulación.

En cuanto al argumento negativo, sería posible alegar que puesto que la acumulación alternativa plantea una serie de problemas concretos de resolución necesaria, el silencio que guarda acerca de ellos nuestro derecho positivo,

es una prueba más de su inadmisibilidad o, por lo menos, de su impracticabilidad real. La Ley de Enjuiciamiento civil no dice en ninguno de sus pasajes a quién corresponde la facultad de elección ni en qué forma deberá elegirse, ni desde qué o hasta qué momento se puede verificar la elección, omisiones todas que demuestran que el legislador no ha pensado en el tipo de pluralidad que ahora se viene examinando.

Sin embargo, cabe oponer a estos reparos de orden jurídico positivo ciertas consideraciones que refuerzan la tesis de la admisibilidad de las alternativas, tal como vimos venía declarada por la doctrina científica y la jurisprudencial.

En efecto, frente a la aplicación del art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil y, por consiguiente, frente a la invocación de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, cabe oponer que en realidad en una demanda alternativa no hay imprecisión alguna (o no tiene porque haberla) en la determinación del *petitum*. Las diversas reclamaciones que integran una demanda alternativa pueden aparecer en la práctica con una precisión absoluta y su relación disyuntiva no añade equívoco a dicha claridad inicial, pues lo que exige la precisión del *petitum* es que la actuación reclamada no pueda ser confundida con ninguna otra y en el caso de demanda alternativa, construida correctamente, tal confusión no es posible: el actor pide *precisamente a* o *precisamente b* y la unión alternativa de *a* y *b* no arroja ningún equívoco sobre una u otra o sobre la relación en que recíprocamente se hallan. De entender que toda relación alternativa supone una indeterminación o imprecisión de los objetos alternados, habría que llegar a la misma consecuencia en todas las situaciones jurídicas en que se produjera tal fenómeno; en particular había que considerar a las obligaciones alternativas como obligaciones indeterminadas o imprecisas, con todas las graves consecuencias teóricas y prácticas que ello llevaría consigo.

Frente a la aplicación del art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento civil y, por lo tanto, frente a la inadmisibilidad de la alternativa basada en que constituye una acumulación de acciones incompatibles, hay que sostener que tal incompatibilidad no existe en realidad, pues lo que hace la disyuntiva es facilitar precisamente la coexistencia de dos reclamaciones que conjuntamente no podrían ser reclamadas. Si una persona debe *a* o *b* y no *a* y *b*, la demanda que reclama *a* o *b* no acumula acciones incompatibles ya que la alternativa expresa bien claramente que no se pretende simultanear una y otra reclamación, sino facilitar la opción entre una y otra. Por ello no es cierto tampoco que sea aplicable al caso actual la norma sobre la elección de acciones, puesto que en la acumulación alternativa el actor no elige acción alguna, sino que, por definición, deja tal elección precisamente a otra persona.

Finalmente, frente a los argumentos basados en las consideraciones de carácter negativo, cabría decir que la falta de preceptos especiales sobre los problemas concretos que la acumulación alternativa plantea, puede subsanarse acudiendo a los principios generales que rigen en materia procesal civil. Debe entenderse implícita, en efecto la prescripción de que la elección en la alternativa corresponde normalmente al demandado ya que éste es el sujeto pasivo de la pretensión, aquel frente a quien las diversas reclamaciones son formuladas. Ha de afirmarse, asimismo, que la elección se hará en la forma señalada para las declaraciones procesales (oralidad o escritura, según el tipo de proceso de que

se trate) y puede hacerse hasta el momento en que se inicie la ejecución forzosa, pues desde entonces tiene que variar ya, según la índole de la condena, la tramitación ulterior. De este modo, se llegará a entender que el Juez ante quien se propone una demanda alternativa puede emitir, sin reparos, una condena alternativa también, si, antes del fallo, el demandado no ha limitado el objeto del proceso a uno de los varios extremos de la reclamación.

Llegamos, pues, en este punto a la conclusión de que no hay motivos en nuestro vigente derecho procesal civil para negar la admisibilidad de la pluralidad alternativa de pretensiones si ésta se formula correctamente, cumpliendo, por lo tanto, con todas las prescripciones genéricas que marca la ley de Enjuiciamiento. No debe olvidarse que en el vigente derecho procesal penal, las llamadas conclusiones alternativas están expresamente reconocidas en el art. 653 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

7. Si aplicáramos la conclusión anterior al supuesto examinado en el caso presente llegaríamos sin dificultad al resultado de que la demanda alternativa de interdicto de retener o de recobrar que se analiza en este informe, es una demanda admisible y que, por lo tanto, no debió ser esgrimida contra ella la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda ni mucho menos ser recogida tal excepción en el fallo del Juez que rechaza la demanda sin entrar en el fondo del asunto por faltar, en opinión del Juzgado, un requisito de admisibilidad. Únicamente, cabría objetar a la demanda el planteamiento dado a la alternativa defiriendo la facultad de elección al Juez, pues ésta es misión que excede de las funciones normales del órgano jurisdiccional y, en este sentido, son acertadas las frases de la sentencia, según la cual la elección no se puede dejar al criterio judicial "ya que el Juzgado no tiene opción y no se le puede conceder la intervención de oficio que ello supondría", si bien debe advertirse que la incorrección de la demanda en este punto no debió ser sancionada con su repulsión, sino con la abstención del Juez, el cual, omitiendo toda declaración electiva, debió pronunciar, en su caso, una condena alternativa también y remitir el correspondiente poder de opción al demandado.

Ahora bien, si se examina detenidamente el texto de la demanda, sometida a análisis en este informe, se observa, no sin cierta sorpresa, que, contra lo que aparentemente pudiera creerse, *no hay en ella una verdadera pluralidad alternativa de pretensiones* (o acumulación alternativa de acciones). El *suplico* o *petitum* de la demanda, absolutamente esencial a este respecto, no contiene, en efecto, tal pluralidad alternativa. Hay en él, es cierto, tres peticiones distintas (prescindiendo de las costas y daños y perjuicios): tapan la toma de aguas, deshacer lo mal hecho, reponer la margen izquierda de la acequia, pero estas tres peticiones no figuran acumuladas alternativamente sino conjuntamente, como lo demuestra el sentido de la demanda toda y la conjunción copulativa "y" que figura entre la segunda y la tercera petición. Es evidente, pues, que no se da aquí una hipótesis auténtica de acumulación alternativa, en la forma que ha sido estudiada hasta ahora

Sin embargo, es evidente que hay una alternativa de alguna clase en la demanda, pues la expresión disyuntiva del nombre dado a la acción: "interdicto de retener o recobrar", se repite en su texto en su forma inequívoca. ¿Qué sig-

nificación tiene, pues, esta dualidad, si no puede encajarse en el concepto estudiado hasta ahora? Para saberlo, debemos plantear una nueva cuestión: la de la pluralidad de los fundamentos de una sola pretensión, como problema distinto del de la pluralidad de pretensiones.

IV

LA PLURALIDAD ALTERNATIVA DE LOS FUNDAMENTOS DE UNA PRETENSIÓN

1. Es diferente en efecto el caso de que una persona interponga alternativamente varias reclamaciones frente a otra y el caso de que invoque alternativamente varios fundamentos que apoyan una reclamación o que apoyan varias reclamaciones acumuladas conjuntamente.

Si un contratante, ante el incumplimiento de la otra parte, demanda pidiendo su condena al cumplimiento o a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, estamos, como se vió en el apartado anterior, ante un verdadero supuesto de pluralidad alternativa de pretensiones. Pero si un acreedor a quien su deudor deja en el testamento lo mismo que le debe (el llamado legado de deuda por los civilistas; v. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1939, I, 2.º, pág. 388), reclama al heredero tal cosa, invocando alternativamente el crédito o el legado, no hay verdadera pluralidad de pretensiones, sino una sola pretensión apoyada en dos fundamentos (de hecho) alternativos. Del mismo modo, si alguien reclama la nulidad de una obligación cuya validez se dejó al arbitrio del acreedor invocando alternativamente el art. 1.255 y el art. 1.256 del Código civil, no hay aquí tampoco pluralidad alternativa, de pretensiones, sino pluralidad alternativa de los fundamentos (de derecho) de una sola pretensión. Estos ejemplos y otros muchos que podrían aducirse demuestran suficientemente la diferencia que corre entre cada uno de estos problemas y la necesidad de distinguirlos.

2. Existe pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una sola pretensión (o de varias pretensiones acumuladas conjuntamente) cuando en apoyo de la única pretensión que se interpone (o de las varias peticiones conjuntas) se alegan circunstancias o acaecimientos, títulos en suma, que no son uno, sino varios y que no se afirman acumulativamente, sino disyuntivamente para que valga uno u otro de los declarados. En esquema, la pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una pretensión es aquella en que el actor reclama *a* (o *a* y *b*) diciendo que se le debe en virtud del hecho *m* o del hecho *n*. Se da tal tipo de pluralidad cuando existiendo diversos acaecimientos que pueden fundamentar una pretensión, tales acaecimientos se excluyen recíprocamente, de modo que recogido uno ha de abandonarse otro, por lo que su reunión debe verificarse de forma alternativa y no conjunta.

Sería posible preguntarse hasta qué punto la pluralidad de los fundamentos de hecho de una pretensión es conciliable con la figura de la unidad de pretensiones es decir, si no hay que afirmar inexcusablemente que, en caso de pluralidad de fundamentos de hecho, se da también una pluralidad de pretensiones. La

razón de esta duda es muy sencilla: puesto que el fundamento de hecho es un elemento individualizador de toda pretensión (el título o *causa petendi*, junto a los sujetos y al objeto) no hay más remedio que pensar que el cambio en los fundamentos de hecho de una pretensión es un cambio en la pretensión misma, y que, análogamente, la acumulación de los fundamentos de hecho de una pretensión equivale a una acumulación de éstas. En suma, habría que decirse que en el caso de que una persona reclama *a* en virtud de *m* y de *n*, no hay una, sino dos pretensiones: la reclamación de *a* por el título *m* y la reclamación de *a* por el título *n*. Aplicando la fórmula al problema de la acumulación alternativa, habría que decir que una pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una pretensión es, en el fondo, una verdadera pluralidad alternativa de pretensiones.

Ahora bien esta identificación de figuras, que es cierta en el terreno de la pura teoría, no puede ser traducida a la práctica en el sentido de que se afirme que encuentra o debe encontrar los mismos obstáculos para su reconocimiento uno y otro tipo. Todas las dificultades (de fuerza relativa, como antes se vió) que se oponen a la admisibilidad de las pretensiones alternativas desaparecen en el caso de los fundamentos alternativos y esto por una razón muy comprensible: porque tales dificultades afectan siempre a la petición y no al fundamento de la pretensión misma. Así la dificultad basada en que la pretensión alternativa supone una imprecisión del *petitum* es irrelevante aplicada a los fundamentos alternativos, pues estos permiten formular lo que se pide con toda precisión: el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil impone el presupuesto correspondiente con relación a "lo que se pide", pero no en relación a los fundamentos de lo que se pide a los que sólo se exige que se expongan sucintamente y se enumeren del mismo modo. La dificultad basada en que la pretensión alternativa constituye una acumulación de acciones incompatibles, no puede ser aplicable aquí por ser las peticiones tan absolutamente compatibles que en realidad se reducen a unidad; el art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento civil prohíbe acumulación de acciones incompatibles, entendiéndose que la hay cuando se excluyen mutuamente o son contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impide o hace ineficaz el ejercicio de la otra, cosa que difícilmente puede predicarse de la pluralidad en los fundamentos a los que el precepto evidentemente no se refiere por ser absurdo hablar con respecto a unos hechos de "ejercicio" de unos u otros: los hechos se alegan, pero no se ejercitan. Finalmente, las dificultades prácticas a que vimos podía dar lugar la pluralidad alternativa de fundamentos de hecho no introduce ninguna complicación en el procedimiento; el Juez, según lo alegado y probado (dado el sistema que rige en nuestro derecho positivo) recogerá en su fallo uno y otro fundamento alternativo para examinar la existencia de ambos: si *alguno* de ellos se admite, actuará (estimaré) la pretensión del actor, si *ninguno* de ellos se admite denegará la actuación (desestimaré) dicha pretensión. Por lo tanto, hay que afirmar que la hipótesis de la pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una pretensión, aunque sea teóricamente un caso de pluralidad alternativa de pretensiones, no tropieza respecto a su admisibilidad con las dificultades opuestas a ésta; la misma doctrina alemana restrictiva que antes se mencionó reconoce expresamente como un caso excepcional de la tesis negativa éste que ahora se analiza: v. especialmente ROSENBERG (*Lehrbuch des*

deutschen Zivilprozessrechts, Berlín, 1929, pág. 286), el cual se refiere, como supuesto admisible de acumulación alternativa, al de la petición apoyada en supuestos de hecho distintos.

En cuanto al derecho español, prevaleciendo como ya se ha indicado, la doctrina de la admisibilidad de la acumulación alternativa de pretensiones, *a fortiori* tiene que ser admitida la hipótesis, mucho más atenuada, de la acumulación alternativa de los fundamentos de hecho de una sola pretensión.

3. Pero la pluralidad alternativa de los fundamentos de una pretensión puede presentarse no sólo respecto a los fundamentos de hecho, sino también respecto a los fundamentos de derecho de la misma. Esta pluralidad se da cuando, en apoyo de una sola petición fundada en un solo título, se invocan diversas normas jurídicas, las cuales no se alegan conjuntamente, sino disyuntivamente de modo que valga una u otra de dichas alegaciones. Se da pues, esta figura cuando se reclama *a*, en virtud del título *m*, afirmando que la norma *p* o la norma *r* justifica la reclamación. Este tipo de pluralidad puede presentarse y se presenta de hecho en la práctica cuando un solo supuesto de hecho encaja en dos normas diferentes, igualmente válidas pero que no pueden aplicarse simultáneamente o cuando se duda de la aplicabilidad de una u otra norma por la complejidad del supuesto o la imprecisión con que aparece recogido por el derecho positivo.

No puede haber duda alguna, distintamente a lo que ocurría en el caso anterior, de la enorme diferencia que existe entre esta hipótesis de pluralidad alternativa de los fundamentos jurídicos de una pretensión y la de pluralidad alternativa de pretensiones. Pues el fundamento jurídico de la pretensión no es un elemento individualizador de la misma, no es uno de sus componentes esenciales, sino parte secundaria o accidental. El cambio en los fundamentos jurídicos de una pretensión no es un cambio en la pretensión misma la adición o ampliación de los fundamentos jurídicos no es una adición o ampliación de pretensiones, la omisión o reducción de los fundamentos jurídicos no es tampoco una omisión o reducción de dicha pretensión. La pretensión se identifica en razón a tres elementos esenciales: los sujetos, el objeto y la *causa petendi* (título o fundamento de hecho). De aquí el distinto trato que el fundamento jurídico y los restantes elementos de una pretensión reciben en todo proceso, por la diferente extensión de los poderes concedidos sobre uno y otros al órgano jurisdiccional. En general puede afirmarse que la tesis de la irrelevancia del fundamento jurídico para la delimitación de una pretensión se sostiene por toda la doctrina nacional y extranjera, con absoluta unanimidad.

Así planteado el problema de la admisibilidad de una fundamentación jurídica alternativa tiene que resolverse con una forzosa y categórica afirmativa. No sólo es que, por no haber aquí verdadera pluralidad alternativa de pretensiones, los argumentos (de dudosa fuerza) esgrimibles contra ésta son del todo irrelevantes; no sólo es que por razones negativas (ausencia de obstáculos legales), cabe defender tal admisibilidad; es que existe, en este punto, un principio positivo, de vigencia y significación indiscutibles, que obligan a sostener dicha tesis. Tal principio es el de que las normas jurídicas son recogidas y valoradas de oficio por el Juez sin sometimiento respecto a ellas a la actividad de las par-

tes que carecen en este extremo de poder dispositivo alguno: *iura novit curia; narra mihi factum, dabo tibi ius*. En virtud del principio del conocimiento oficial del derecho por el Juez, éste, sin ajustarse a las alegaciones de derecho de los litigantes puede fundamentar libremente su fallo; puede recoger las normas jurídicas invocadas, pero puede también omitirlas, alterarlas o ampliarlas, según su libre y espontáneo criterio. Una alegación de normas jurídicas incompleta, imprecisa o equivocada por parte de un litigante no le perjudica en modo alguno, dadas las facultades que en este punto hay que reconocer al órgano jurisdiccional. Por lo tanto, un planteamiento alternativo de los fundamentos jurídicos no puede servir para rechazar una demanda: primero, porque éste no es un planteamiento impreciso o equivocado; segundo, porque, aunque lo fuera, el error o la imprecisión tienen que ser de oficio subsanados por el Juez: v. entre otras muchas la reciente sentencia de 10 de junio de 1941, afirmativa del indiscutible criterio que sigue en este punto nuestro derecho positivo.

Debe admitirse, por lo tanto, sin dejar lugar a duda alguna la admisibilidad de una demanda en que los fundamentos jurídicos se expongan en forma alternativa. Ahora bien, un caso importante, como antes se vió (en realidad el más importante) de planteamiento alternativo de los fundamentos de derecho, es aquel en que el actor expone una *calificación jurídica alternativa*, esto es, subsume los hechos narrados, alternativamente, en dos o más normas o series de normas distintas. Si a base de un hecho *m*, alguien reclama *a* diciendo que los hechos están recogidos en la norma *p* o en la norma *r*, la calificación jurídica alternativa se reduce, como fácilmente se comprueba, a una indicación alternativa de los fundamentos de derecho de la pretensión. Por ello si una persona que ha hecho un encargo por cuenta de otra, duda si el contrato celebrado es un mandato o arrendamiento de servicios, puede, conservando esta duda y exponiendo precisamente los hechos, remitirse a una u otra figura alternativamente, para deducir de ellas una sola petición o varias peticiones conjuntas. Se querrá decir acaso que en estas hipótesis de pluralidad de calificaciones jurídicas existe una pluralidad de acciones, siguiendo el aislado parecer de LENT, el cual en un artículo publicado en la *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, LVII, pág. 1, con el título "Die Abgrenzung der Anspruchmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe" (Distinción de la pluralidad de pretensiones y la pluralidad de fundamentos de la demanda) entiende que una petición que puede subsumirse en dos normas distintas integra en realidad dos pretensiones y no una sola pretensión, pero en realidad hay aquí una confusión entre acción en sentido material (o derecho) y acción procesal; en el caso expuesto puede haber dos acciones materiales, pero hay evidentemente una sola acción procesal o pretensión. Y para el derecho español la correcta formulación de la acción en sentido material es indiferente; sólo a los efectos de determinación de la competencia exige el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil la mención específica de la acción, de donde se deduce que un demandante que expone unos hechos sin darles una calificación jurídica precisa (o, a *fortiori*, dándoles una calificación alternativa) no incumple ninguno de los requisitos establecidos para la demanda en nuestro derecho positivo; el Juez verá si los hechos expuestos encajan en una u otra figura de las alegadas, igual que tendría que hacerlo en caso de una fundamentación jurídica deficiente o errónea.

4. Veamos ahora cómo se aplican las consideraciones desarrolladas hasta aquí al caso concreto que se examina en el presente informe. En la demanda en cuestión no había, como se demostró en el apartado anterior, una verdadera pluralidad alternativa de pretensiones. La formulación alternativa que en su texto se contiene, ¿será pues, en realidad una mera pluralidad alternativa de los fundamentos de la petición?

Por lo que toca a los fundamentos de hecho, no encontramos en ellos planteamiento alternativo alguno. Los hechos que justifican la demanda, esto es, los acaecimientos concretos de la vida que invoca el actor en apoyo de su reclamación, son varios, es cierto, pero no alegados disyuntivamente, sino conjuntamente, igual que las peticiones finales; al hecho de la copropiedad de la acequia se agrega cumulativamente el de la existencia de un antiguo partidor no tapado por el demandado, a éste el de utilizar una toma de agua irregular para el riego de una cadena de cultivo y así sucesivamente. En los hechos no hay, pues alternativa alguna, sino conjunción simple de todos ellos.

Donde aparece en realidad la alternativa, como se habrá adivinado en este punto del informe, es en la calificación jurídica de tales hechos, los cuales son subsumidos en el art. 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto allí se establecen los procedimientos para el amparo o restitución de la posesión inquietada o perturbada, dando lugar a la invocación alternativa del suplico, referida al interdicto de retener o recobrar, que, no obstante su emplazamiento en tal suplico, no origina una petición alternativa, sino una definición alternativa de los fundamentos jurídicos de la pretensión. Pues, ¿dónde se halla en definitiva la vacilación (si se quiere) del actor? No en la exposición de los hechos relacionados con toda fijeza; tampoco en las peticiones absolutamente precisas; sino pura y simplemente en la calificación jurídica que tales hechos deben merecer al vigente ordenamiento jurídico. El demandante no podía precisar (no hay reparo en confesarlo) si los hechos por él narrados encajaban en el art. 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto éste habla de perturbación (interdicto de retener) o en cuanto éste habla de despojo (interdicto de recobrar) y por ello califica alternativamente, desde un estricto punto de vista jurídico, sus pretensiones, es decir, formula alternativamente los fundamentos de derecho de las mismas. Nos parece que esta conclusión es de tal modo evidente que no puede suscitar reparo alguno; una vez que se demuestra la diferencia que existe entre la pluralidad de pretensiones y la pluralidad de los fundamentos jurídicos de una pretensión y una vez que se comprueba que la calificación jurídica plural pertenece a esta última categoría es indiscutible que la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar analizada en este informe no constituye un caso de pluralidad alternativa de pretensiones, sino de pluralidad alternativa de los fundamentos jurídicos de una pretensión.

Así se explica totalmente el hecho tan extraño, en apariencia, de que la solución de la alternativa venga confiada al Juez por el actor, hecho que si se tratara de una verdadera alternativa de pretensiones constituiría una proposición incorrecta de la demanda, según antes se vió. En cambio, tratándose de una calificación jurídica alternativa es decir, de una pluralidad alternativa de fundamentos jurídicos resulta totalmente acertada, pues el Juez es el único no ya que puede, sino que debe resolver el dilema declarando si los hechos narrados por el:

actor encajan en el art. 1.651 en cuanto habla de perturbación o en cuanto habla de despojo y por ello si las peticiones formuladas dan lugar a un interdicto de retener o a un interdicto de recobrar, igual que hubiera tenido que hacerlo si el actor (con auténtica imprecisión esta vez) se hubiera limitado a decir que ejercitaba "un interdicto" o "la correspondiente acción posesoria" o si (llevando las cosas al extremo) se hubiera contentado con una invocación jurídica general, remitiéndose a los "oportunos preceptos jurídicos que sean aplicables". Según la sentencia examinada "los actos o hechos que pueden dar lugar al despojo de una posesión o bien simplemente a una inquietud de la misma son distintos y distintas son, asimismo, las resoluciones que han de recaer; ese es el alcance y significado que tienen los arts. 446 del Código civil y 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento, luego al actor incumbe determinar y escoger la acción derivada del derecho que considere lesionado"; pero en este razonamiento hay un error de lógica: de que los hechos que dan lugar al interdicto de retener o recobrar sean distintos, no puede deducirse que al actor incumba la determinación de la acción (sólo exigida por nuestra Ley a los efectos de la competencia), sino, a lo sumo, la determinación de aquéllos. Puede imponerse al actor la carga de exponer sin equívocos los hechos que dan lugar al interdicto, pero no la carga de su calificación jurídica, lo que vulnerar a el principio *iura novit curia* antes aludido. De lo contrario, y aplicando idéntico razonamiento, habría que concluir que todo error o imprecisión en los meros fundamentos jurídicos de una pretensión perjudicaría al actor: si la aplicación de una norma *p* depende de los hechos *m* y la de otra *r*, dependen de los hechos *n*, el demandante que en virtud de *n* reclame, por error, la aplicación de *p* vería rechazada su demanda; en consecuencia: el Juez diría, como en el presente caso, que, puesto que *m* y *n* son hechos distintos, al actor incumbe la determinación correcta de la norma *p* o *r*. En definitiva, la equivocación del Juez en la sentencia analizada consiste en que extiende el principio dispositivo, al que expresamente se refiere cuando habla de los buenos principios de la rogación de la jurisdicción civil, a los fundamentos jurídicos de la pretensión y del fallo, por no darse cuenta de que la calificación jurídica es un problema de fundamentación jurídica y no de fundamentos de hecho o de petición. Desecha tal equivocación la actual demanda, en que el actor no ha vacilado en cuanto a la exposición de los hechos ni en cuanto a la formulación de las peticiones, sino sólo en cuanto a la subsunción en derecho de unas y otras, dando por ello a tal subsunción un planteamiento alternativo, es una demanda totalmente correcta y admisible, y, por el contrario, errónea la sentencia que la inadmite recogiendo la excepción, aquí impropcedente, del defecto legal en el modo de proposición.

V

LA DEMANDA ALTERNATIVA DE INTERDICTO DE RETENER O RECOBRAR

1. Con lo dicho hasta aquí bastaría, sin duda, para llegar a conclusiones definitivas sobre el punto sometido a consulta en el presente informe. Ahora bien como la duda se ha planteado en torno a un interdicto de retener o re-

cobrar y es posible hacer respecto a esta figura concreta algunas breves indicaciones que corroboren la tesis expuesta, dedicaremos un nuevo apartado del dictamen al examen de ciertos extremos que sugiere el tema en atención a la índole de la materia que lo origina.

2. Según es sabido las acciones posesorias que reconoce el Derecho procesal civil español se reducen fundamentalmente a dos tipos (dejando a un lado las figuras de dudosa naturaleza posesoria que son los llamados interdictos de adquirir, de obra nueva y de obra ruinosas), denominados, con una tradición histórica que hoy ya carece de significación dogmática, "interdictos": el interdicto de retener y el interdicto de recobrar.

En teoría, la diferenciación entre estos dos tipos se puede realizar sin dificultades. El interdicto de retener se da para la protección de una posesión que aun se conserva, pero que se halla en peligro o amenazada; el interdicto de recobrar se da para la protección de una posesión que no se conserva, sino que ha sido físicamente perdida, y el nombre correspondiente de una y otra acción posesoria revelan de modo suficiente su recíproca distinción. Llamando a la amenaza o peligro a la posesión "perturbación" y a su pérdida física "despojo", el artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil define la recíproca procedencia de una u otra vía interdictal, en forma alternativa, que asigna al interdicto de retener la defensa frente a una "perturbación" y al interdicto de recobrar la defensa frente a un despojo consumado.

Pero descendiendo del puro terreno de los principios, la práctica demuestra que, aunque la fórmula anterior sea conceptualmente correcta, su aplicación en la vida real no se verifica con toda la facilidad y sencillez que sería deseable. Especialmente en materia de derechos (derechos de índole real, para no plantear el problema de los derechos personales, de discutido acogimiento al campo interdictal), la naturaleza inmaterial del objeto de la protección posesoria no permite definir en muchas ocasiones con absoluta nitidez el interdicto utilizable por ser una tarea de delicadeza extrema y notablemente expuesta a errores la fijación ante un supuesto concreto de dónde termina la perturbación y dónde comienza el despojo, o a la inversa. Una exigencia de separación rigurosa entre uno y otro proceso posesorio acarrearía constantes y enojosos problemas de aplicabilidad del tipo elegido, con la multiplicación de las consiguientes nulidades.

3. Para evitar tales riesgos, la Ley de Enjuiciamiento civil, modificando el criterio seguido hasta su vigencia, acude a un sistema elogiado por su simplicidad: el de unificar el interdicto de retener o recobrar en cuanto al procedimiento ya que en todos los casos es la misma la vía procesal a seguir para obtener la tutela de la posesión: la que se establece en los artículos 1.651 a 1.662 de la Ley mencionada.

Ahora bien, puede afirmarse que esta unidad procedimental de los interdictos no es más que el reflejo de una verdadera unidad material o substantiva que entre ellos existe; la defensa de una posesión es substancialmente idéntica, ya se dirija contra un mero perturbador o contra un verdadero despojante. En este sentido, REUS (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid 1909,

III, págs. 940 y sigs.) declara explícitamente tal unidad substancial diciendo que de los dos interdictos se ha hecho uno solo, que no pueden definirse separadamente y que si bien dentro de la Ley, por no estar la reforma tan clara como debiera, ha lugar a la duda sobre si se ha hecho una fusión completa o si sólo se ha querido refundir el procedimiento, como hay razones poderosas para hacer de los dos interdictos uno, debe creerse que esto es lo que se ha propuesto la Ley. El criterio de unidad substancial es también acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus antiguas pero no contradichas sentencias de 3 de marzo de 1880 y de 26 de abril de 1899, y lo mantiene la moderna doctrina; v. PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Madrid 1945, II, página 295; en cuanto a PRIETO CASTRO, si bien en el artículo publicado con el título *Interdictos de retener o recobrar* en la *Revista de Derecho procesal*, I, pág. 202, afirma que hace falta distinguir entre la perturbación y el despojo, se ve bien claro que esto se sostiene sólo respecto a algunas consecuencias secundarias del proceso, especialmente respecto a la posibilidad de la condena a la devolución de frutos o indemnización de daños, únicamente reconocida en el caso de interdicto de recobrar.

4. La consecuencia más importante que se desprende del criterio de la unidad de interdictos en nuestro derecho positivo consiste en su carácter perfectamente intercambiable, por así decirlo, y en la posibilidad de que indiferentemente unas mismas circunstancias den lugar a uno o a otro. Contra lo que defiende la sentencia analizada en este dictamen tendríamos, pues, en este caso, que no sólo militarían a favor de un planteamiento alternativo de la demanda las razones generales antes señaladas, sino las razones especiales de unidad substancial que se acaban de reseñar. Y es interesante subrayar que en la práctica el caso se ha planteado con absoluta diafanidad, pues la segunda de las sentencias del Tribunal Supremo últimamente citadas, 26 abril 1899, ha declarado expresamente la licitud del fallo que se basa en un cierto tipo de interdicto a pesar de que ha sido el otro el interpuesto por el demandante. Si esto es así, ¿cómo puede dudarse de que, no ya el planteamiento erróneo, sino el planteamiento impreciso (en apariencia) que supone una formulación alternativa es admisible y no sólo permite, sino que obliga, al Juez a fallar recogiendo el tipo que él crea procedente dados los hechos relatados?

5. Queda así confirmada, por si necesitara mayor confirmación, la tesis de la admisibilidad de la demanda analizada, fundando dicha tesis, no ya en razones generales de perfecta aplicación, sino en razones particulares extraídas de la figura concreta de los interdictos que en la presente demanda se interponen. No queremos ocultar que, a nuestro juicio, el caso actual es de despojo más que de perturbación en la posesión, como lo demuestra no sólo el que los hechos refieren actividades constitutivas de verdadera privación más que de mera turbación de derecho, sino que las peticiones del suplico aluden a "restituir" en el regular y pacífico disfrute de la servidumbre, mencionando luego verdaderos actos de reposición en el estado anterior, términos todos incompatibles con un simple interdicto de retener y perfectamente congruentes con el de recobrar. Pero dejando a un lado esta observación, lo cierto es que el acumular alternati-

vamente a la calificación jurídica de interdicto de recobrar la de interdicto de retener (como si se hubiera hablado sólo por error del segundo y no del primero o no se hubiera especificado ninguno de ellos) no perjudica a la admisibilidad de la demanda del actor.

VI

CONCLUSIONES

1.ª En el derecho positivo español es admisible y está reconocida por la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, la pluralidad alternativa de pretensiones (acumulación alternativa de acciones). Las razones que teóricamente se oponen a tal admisibilidad no tienen suficiente fuerza para establecer una prohibición que los textos legales no recogen de modo expreso.

2.ª Distinta de la pluralidad alternativa de pretensiones es la pluralidad alternativa de los fundamentos de una pretensión. Si se trata de fundamentos de hecho, la pluralidad es también admisible y tiene todavía menos fuerza que en el caso anterior las razones negativas. Si se trata de fundamentos jurídicos, supuesto en el que entra la calificación jurídica alternativa, la admisibilidad de la figura se deduce con toda evidencia del principio vigente en nuestro derecho procesal del conocimiento oficial de las normas de derecho por el Juez.

3.ª La demanda alternativa que se analiza en el presente dictamen no contiene una pluralidad alternativa de pretensiones, ni siquiera una pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una pretensión. Encierra solamente una calificación jurídica alternativa, es decir, una pluralidad alternativa de fundamentos jurídicos. Su admisibilidad no puede, en consecuencia, ofrecer dudas, estando asimismo correctamente formulada la remisión de la alternativa al criterio del Juez, ya que es el Juez quien aporta y valora los fundamentos jurídicos de una pretensión sin sujeción al poder dispositivo de los litigantes y fuera por lo tanto, del llamado principio de rogación.

4.ª Las razones genéricas en que se basa la admisibilidad de la mencionada demanda quedan reforzadas, aunque no necesiten refuerzo alguno, por el hecho de haberse producido la alternativa en materia de interdictos de retener y recobrar, en que la unidad substancial de ambos tipos es expresamente sostenida también por la jurisprudencia y la doctrina.

5.ª En consecuencia, la sentencia del Juez de primera instancia que acogió la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y rechazó ésta sin entrar en el fondo es una sentencia que no se halla ajustada a derecho y debe ser revocada en grado de apelación.

* * *

La Audiencia territorial de Las Palmas, ante la que se planteó el caso en segunda instancia, aceptó plenamente el criterio expuesto en el anterior dictamen, considerando "que el actor puede acumular en la demanda cuantas acciones tiene contra el demandado y que, en virtud del principio de economía procesal, han de ser resueltas en la sentencia (arts. 153 a 159 de la Ley de trámites); que no existe en la legislación procesal civil, a semejanza de la penal ningún precepto en que se faculte ni prohíba hacer peticiones alternativas o sea, la acumulación disyuntiva, y, por ello, no hay ninguna imposibilidad siempre que no sean incompatibles, caso que aquí no se da, para que puedan alegarse de esa forma, como cautela que no demostrará, en definitiva, sino poca seguridad en la razón de pedir; que actualmente, y en el caso presente de los interdictos de retener y recobrar, que hoy tienen la misma tramitación, no puede surgir ninguna dificultad procesal del ejercicio de uno u otro y aun de los dos conjuntamente, cuando, como en el presente caso, emanan de diferentes actos, que pueden ser unos determinantes del primero y otros del segundo, y que, en definitiva, pudo ser empleada la poco acertada fórmula de la súplica de la demanda al articular ambos repetidos interdictos para que el Juez declarase que ha lugar al interdicto de retener o de recobrar según su criterio, ya que dicho juzgador, haciendo aplicación del derecho a los hechos de la demanda, es el que declarará cuál de los dos es aplicable o si no es de aplicar ninguno de ellos", añadiendo "que en el presente caso, además de lo ya dicho, no hay pluralidad de pretensiones o acciones, puesto que seguidamente y en la súplica de la demanda, lugar en que, según sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1926, se determina concretamente la cuestión litigiosa sobre la cual ha de versar el juicio, hizo los tres pedimentos que allí se contienen; que con ello cumplió con lo establecido en el artículo 524 de la Ley de trámite, de fijar con claridad y precisión lo que pide, y de dichos tres pedimentos se llega, juntamente con la exposición de los hechos que son su base, a que aquí indudablemente se pretende un interdicto de recobrar, y que la fijación del derecho aplicable a los mismos es función propia y exclusiva del juzgador, quien del estudio de los autos y resultado de la prueba determinará cuáles sean los diversos fundamentos de derecho que pueden ser alegados, que como *causa petendi* de que habla la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1941, o ya supliendo las omisiones del actor, han de ser aplicados", por todo lo cual "entiende este Tribunal que la excepción de defecto legal de la demanda no puede prosperar", y así falló, efectivamente, absolviendo al actor de la excepción contra él articulada y entrando a resolver el fondo del asunto.