

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

LAS PRESUNCIONES EN DERECHO PRIVADO

Discurso leído el día 12 de junio de 1987, en la
solemne sesión de ingreso del Académico de Número

ILTMO. SEÑOR

DON JOSE MANUEL LIAÑO FLORES

y contestación del
ILTMO. SEÑOR

DON ARSENIO CRISTOBAL Y FERNANDEZ-PORTAL



LA CORUÑA
1987

I

DISCURSO

DEL ILTMO. SEÑOR

DON JOSE MANUEL LIAÑO FLORES

I N D I C E

	PÁG.
I. DISCURSO	5
PREAMBULO	9
INTRODUCCION	11
I.—CONCEPTO, CLASES, ESTRUCTURA	14
A.—Confusion	14
B.—Diversidad	14
1.— Presunciones de hecho y de derecho	16
2.— Presunciones legales y judiciales	17
a) Presunciones «iuris et de iure»	17
b) Análisis comparativo	19
II.—REGULACION LEGAL	23
III.—FUNDAMENTO	24
1.— Probabilidad y certeza	25
2.— La «anormalidad»	28
IV.—NATURALEZA JURIDICA	30
1.— Carácter material o procesal. Criterios	30
2.— Presunciones y valoración de la prueba	32
3.— Presunciones y medios de prueba	33
4.— Presunciones y carga de la prueba	36
5.— Presunciones y normas de Derecho dispositivo	39

	<u>PÁG.</u>
V.—FUNCION	40
1.— Función en el proceso	40
2.— Función extraprocetal	42
VI.—MAXIMAS DE LA EXPERIENCIA	47
VII.—TRATAMIENTO PROCESAL	51
1.— Dinámica procesal de la presunción	51
a) Fase alegatoria	51
b) Fase probatoria	53
c) Fase decisoria	54
d) Las presunciones en segunda instancia	54
2.— Control de las presunciones en casación	55
a) Presunciones legales	55
b) Presunciones judiciales	55
VIII.—CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFIA BASICA	62
II CONTESTACION	63

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores:
Señores Académicos:
Señoras y Señores:

PREAMBULO

Que la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación —que cumplió ya sus 20 años de andadura bajo la inteligente y entusiasta dirección de su actual Presidente, don Manuel Iglesias Corral, al que debe su fundación—, me haya concedido el honor de admitirme en su seno como uno de sus miembros, es para mí, más que un motivo de orgullo —no por mis méritos, sino por los de este Instituto—, causa de reflexión y de examen de conciencia.

Tengo para mí que en las propuestas de ingreso a esta docta Corporación debería intervenir una figura como la del «Abogado del Diablo» en las causas de beatificación o canonización, y así, tal «inquisidor», en el proceso de admisión, hubiera evitado que se estimaran como méritos propios los que en el mejor de los supuestos concurren en tantos otros Abogados, que, como engranaje fundamental en un Estado de Derecho, hacen de la defensa de las personas, un sacerdocio, y dedican sus afanes a que la Justicia cumpla su fin primordial, coadyuvando en su aplicación, junto a los Magistrados y Jueces, Fiscales y Funcionarios Judiciales, en medio de las ingentes dificultades de todas clases que a diario ponen a prueba su capacidad, su rectitud y su abnegada dedicación.

Gracias por todo ello a esta Academia, que por Gallega y por Jurídica, es un eficaz instrumento del progreso de Galicia, porque en definitiva el Derecho en su más pura esencia debe servir primordialmente para dar forma jurídica a las aspiraciones sociales.

Y entro, sin más, en materia, sobre el objeto de este discurso, que lo constituye el estudio y análisis del concepto jurídico de **«Las presunciones en Derecho Privado»** a la luz de la Doctrina y de la Jurisprudencia.

INTRODUCCION

No es fácil emprender un estudio detallado sobre la institución de las presunciones. Ni su concepto, ni su naturaleza, ni su fundamento, ni su significación están satisfactoria ni definitivamente resueltos por la doctrina. Tampoco el Tribunal Supremo ofrece soluciones más que en puntos muy concretos sobre los que ha podido pronunciarse, dada la escasa operatividad del recurso de casación en esta materia.

No me considero capacitado para construir toda una reelaboración técnica de esta institución, situada en el cruce de importantes disputas suscitadas desde antaño por múltiples y prestigiosos juristas. Mi pretensión no va a ser la de realizar una exposición completa y detallada de todos los aspectos y problemas de las presunciones, sino, más bien, plantear los puntos que, a mi juicio, resultan más conflictivos, intentando ofrecer un esbozo de respuesta, al propio tiempo que resaltar algunas cuestiones que acaso no hayan sido suficientemente abordadas hasta el momento.

Las dificultades no son escasas. Además de la confusión y divergencias doctrinales a que hemos aludido, nos encontramos con el fenómeno de la «inercia de los juristas», especialmente acusado en esta materia: se ha evolucionado bien poco, y siempre sobre la base de esquemas ya establecidos. Difícil es dar un paso adelante sin hacer referencia, constantemente, a discusiones y formulaciones doctrinales que, de ordinario, pueden quedar reducidas a meras cuestiones terminológicas sobre las que no hay

acuerdo pacífico. El resultado fue convertir las presunciones casi en un «concepto jurídico indeterminado», en arena movediza para los estudiosos, los estudiantes, los tribunales y los profesionales del Derecho en general; y provocar una cierta desconfianza sobre esta materia, como técnica legislativa y como técnica de fijación formal de los hechos en el proceso.

Conviene, desde el principio, delimitar con precisión el objeto de nuestro estudio. Por de pronto, excluimos el tratamiento de las presunciones en el proceso penal —la denominada «prueba de indicios»—, cuya semejanza con las presunciones de derecho privado se limita a su estructura y a su fundamento; sin embargo, la valoración de las mismas, su eficacia como medio probatorio, su tratamiento procesal, su control en casación y otros extremos, divergen sustancialmente debido, sobre todo, al carácter más formalista del proceso civil en el que, como es sabido, el Juez, por principio, ha de prescindir de su conocimiento privado de la realidad (1), (2).

Asimismo, hemos excluido de este trabajo instituciones que, aunque guarden estrecha relación con el tema que nos ocupa, no pueden considerarse como tales: así, las «ficciones jurídicas» (3) y las normas sobre carga y valoración de la prueba.

En cuanto a la controvertida figura de las «presunciones iures et de iure», será obligada una mínima referencia, siquiera sólo sea por aclarar y fundamentar que tampoco se trata estrictamente de presunciones, en un sentido jurídico.

Aun así, no tenemos claramente determinado el objeto del trabajo, ya que nos resta una última y trascendental distinción: las normas de presunción «iuris tantum» (presunciones legales) y las presunciones «hominis», o prueba de presunciones en el proceso

(1) «Iudex iudicet secundum allegata et probata partium».

(2) Como bibliografía suficiente en torno a las presunciones en el ámbito penal, puede consultarse: Bettiol, «Sulle presunzioni nel diritto processuale penale», en «Scritti giuridici», Padova, 1966, pág. 383 y ss. Devis Echandia, «Compendio de Derecho Procesal Penal», («Compendio de las pruebas judiciales»), Bogotá, 1969, pág. 489 y ss. del tomo segundo. Framarino Malatesta, «Lógica de las pruebas en materia criminal», trad. Simón Carrejo, Bogotá, 1978, 2.ª ed. Gianturco, «Prova indiziaria», Milano, 1958. Gimeno Sendra, «Comentarios a la legislación penal», tomo I, pág. 335 y ss. Leone, «Tratado de Derecho Procesal Penal», tomo II, Buenos Aires, 1963, y Silva Melero, «Presunciones e indicios en el proceso penal», Rev. Gral. de Leg. y Jurisp., 1944, tomo VIII, pág. 530 y ss.

(3) Rosemberg, en «La carga de la prueba», pág. 191, define las ficciones jurídicas como «preceptos jurídicos que transfieren la consecuencia jurídica determinada para el estado de cosas «a» al estado de cosas «b», equiparando el estado «b» al estado «a», al decir, por ejemplo, que «b» es considerado como «a». La ficción es un medio de simplificar la técnica legislativa».

civil (presunciones judiciales). No es fácil dilucidar si ambas figuras son susceptibles de un estudio único y uniforme: su heterogeneidad funcional parece aconsejar un tratamiento separado; pero su identidad estructural nos ha decidido a englobarlas ambas en un género común, «las presunciones», si bien será preciso ir haciendo las distinciones y matizaciones oportunas a cada momento.

No dudo del interés del tema. Las presunciones son un útil instrumento al servicio del Derecho y de la Administración de Justicia, del que no sabría prescindirse. A mitad de camino entre lo material y lo formal, las presunciones cumplen una importante función en el engranaje que da vida a las instituciones jurídicas. Su estudio, además, nos pone en contacto con cuestiones de política legislativa y con toda la problemática de la fijación formal de los hechos en el proceso civil. Por último, si tenemos en cuenta que el Derecho ha de buscar, además de la justicia, la operatividad, nos encontramos con frecuencia ante el hecho de que instituciones consideradas como secundarias o instrumentales, pasan a adquirir protagonismo, llegando incluso a convertirse en claves del ordenamiento jurídico, con capacidad propia para cambiar el sesgo de instituciones jurídicas «vertebrales», que no podrían ya seguir viviendo sin la ortopedia de las presunciones. Parece, pues, conveniente, aproximarse al conocimiento de esta técnica judicial y legislativa, un poco antipática quizás, pero llena de posibilidades que la hacen ineludible. Sirva el presente trabajo, al menos, como incentivo para un estudio sin duda más valioso y fecundo que el que yo pretendo desarrollar.

I.—CONCEPTO, CLASES, ESTRUCTURA.

El empeño de ofrecer un concepto unitario de presunción —exigencia metodológica previa a cualquier otra consideración—, tropieza con dos tipos de dificultades, fundamentalmente:

A) La confusión reinante en la materia.

B) La existencia de pluralidad de categorías en el seno del término genérico «presunción», con diversidad de funciones y estructura, que obstaculizan la construcción de un concepto uniforme.

a) Hay una tradicional «huída», por parte de los científicos del Derecho, del intrincado y confuso mundo de la institución de la que nos ocupamos. Hedemann nos deja constancia de esta realidad: «Casi sin excepción —dice el autor alemán—, cuando en la literatura jurídica se habla de la presunción la idea de la posibilidad de un estudio independiente queda pospuesta a cuestiones de carácter más general. Las definiciones son, por lo general, muy inseguras; los casos particulares son agrupados a menudo de una manera arbitraria, y desde luego, casi nunca reducidos a los casos de reglas legales expresamente designadas como presunción. Los tratados de Derecho vigentes se conforman en principio con una consideración esporádica, hecha a propósito del examen particular de cada una de las instituciones jurídicas a las que acompaña una presunción; para el concepto de la presunción esos tratados prestan, por consiguiente, muy poca ayuda» (4). En el mismo sentido, Rosemberg inicia el estudio de las presunciones afirmando categóricamente que «en ninguna otra parte existe tal confusión entre el lenguaje y los conceptos como en la doctrina relativa a las presunciones. Se puede decir que hasta ahora no se ha logrado aclarar el concepto de la presunción» (5). Prueba de ello lo constituye la falta de uniformidad existente en las diversas definiciones que se han ofrecido. Entre las más significativas, podemos reseñar las siguientes:

Para Guasp, son «aquella prueba que emplea un cierto acaecimiento para convencer al Juez de la verdad o falsedad de una alegación procesal» (6).

(4) «Las presunciones en el Derecho», trad. y notas de Luis Sancho Seral, edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1931, pág. 137.

(5) Op. cit., pág. 179.

(6) «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid, 1945, t. I, 1.ª, pág. 450.

Lessona considera que la presunción como medio de prueba resulta de un razonamiento por el cual, de la existencia de un hecho reconocido ya como cierto, según medios legítimos, se deduce por el legislador en general, o por el Juez en el caso especial del pleito, la existencia de un hecho que no es necesario probar (7).

Carnelutti, comentando esta última definición, propone la sustitución del concepto «medio de prueba» por el de «fuente de prueba», que a su vez se subdividirá en fuente de prueba en sentido estricto y fuente de presunción según tengan o no, respectivamente, carácter representativo (8).

Para Redenti (9), la presunción constituye una operación mental realizada por el juzgador, pero no un medio de prueba: tan solo es un método intelectual para llegar a la prueba.

Rosemberg, refiriéndose en concreto a las presunciones legales de hechos, dice que son «aquellos preceptos jurídicos que deducen la existencia de un hecho que se requiere como característica definidora de un efecto jurídico, de una circunstancia ajena a esa característica» (10).

Otras definiciones se han construido en base a la propia estructura de la presunción. Así, Decottignies entiende que «la presunción es el procedimiento del razonamiento que, partiendo del hecho conocido, permite hacer una elección entre la hipótesis en presencia para no retener más que la más probable de entre ellas» (11). Serra Domínguez, por su parte, la define como «aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones» (12). En la misma línea, para Jiménez Conde, la presunción es «aquel enjuiciamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho conocido y cierto (hecho indicio), por aplicación de unas máximas de la experiencia, se llega a la fijación del hecho presunto, distinto y desconocido» (13).

(7) «Teoría general de la prueba en Derecho Civil», trad. Enrique Aguilera. Madrid, 1942.

(8) «La prueba civil», trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, 1955, pág. 70.

(9) «Diritto processuale civile». Milano, 1953, vol. II, pág. 58.

(10) Op. cit., pág. 183.

(11) «Les présomptions en Droit Privé», LGDJ. París, 1950, pág. 9.

(12) «Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamiento Urbanos». Barcelona, 1963, pág. 17.

(13) «La apreciación de la prueba legal y su impugnación», edit. Univ. de Salamanca, 1978.

Como puede observarse, la diversidad existente entre unos y otros intentos doctrinales, deriva de múltiples razones que hacen extraordinariamente difícil la tarea de elegir la mejor de entre todas ellas. Así, vemos que se interfieren consideraciones de toda índole:

- su naturaleza jurídica,
- su significación y función en el proceso,
- la actividad en que consisten,
- el resultado que de ellas se deriva,
- su estructura, y
- las diversas clases de presunciones existentes.

—Si tuviéramos que analizar y comentar cada una de las definiciones apuntadas, nos veríamos incurso, seguramente, en una laberíntica red de hilos de la que difícilmente podríamos salir, antes de haber recorrido los problemas más importantes a que dan lugar las presunciones. Baste, de momento, concluir que de «presunción» puede hablarse en muy diversos sentidos, no necesariamente excluyentes entre sí (presunción como actividad intelectual, presunción como procedimiento para la fijación formal de los hechos en el proceso, presunción como medio probatorio en sentido estricto, presunción como asociación entre hechos distintos, etc.) dejando para los sucesivos epígrafes el pronunciamiento concreto sobre cada una de las cuestiones concretas.

b) De mayor interés nos resulta escudriñar las varias clases de presunciones, con la doble finalidad de conocer globalmente, en toda su complejidad, esta institución, y de sacar de su ámbito determinadas «formas de legislar» que impropia y tradicionalmente han venido denominándose presunciones. A este respecto, la doctrina distingue entre presunciones de hecho y de derecho, por una parte, y entre presunciones legales y judiciales, por otra.

1.—Presunciones de hecho y presunciones de derecho.

En ambos casos se trata de una actividad intelectual que nos lleva a un resultado determinado a través de un recorrido indirecto, mediante la asociación de dos realidades distintas, que, sin embargo, se relacionan mediante, generalmente, una «máxima de la experiencia». La diferencia consiste en que las primeras logran el resultado o inducción lógica de dar por conocido y cierto un **hecho**

que no lo era, a través de otro que sí lo era (14), mientras que las segundas se refieren a la «existencia o inexistencia actual de un derecho o de una relación jurídica» (15). Un ejemplo claro de presunción de hecho lo constituye la establecida en el actual art. 116 del Código Civil. El art. 38 de la Ley Hipotecaria contiene, en cambio, una presunción de derecho.

Una diferencia funcional básica existente entre ambos tipos es que, mientras las primeras son un medio de integración del **supuesto de hecho** de una norma jurídica, las segundas entrañan una determinación directa de la **consecuencia jurídica**.

Sin negar del todo a las presunciones de derecho su carácter de tales, sí hemos de decir que constituyen más bien un procedimiento de técnica legislativa para la configuración de relaciones jurídicas, que excede del estricto plano fáctico en el que nosotros preferimos movernos. Por ello nos centraremos más en las primeras que en las segundas.

2.—Presunciones legales y presunciones judiciales.

Quizás sea ésta la distinción cardinal, y la de mayor trascendencia. Sintéticamente puede decirse que en las presunciones legales el enlace entre el hecho indicio y el hecho presunto está establecido por el legislador, mientras que en las presunciones judiciales dicha relación la establece el juzgador en el caso concreto, sin previo mandato legal. Dentro de las presunciones legales se ha distinguido, a su vez, entre presunciones «*iuris et de iure*» o absolutas, que operan automáticamente, sin que se admita prueba en contrario que las desvirtúe, y presunciones «*iuris tantum*» o relativas, en las que sí cabe prueba en contrario.

A) Es conocida la polémica en torno a la cuestión de si pueden o no considerarse a las presunciones «*iuris et de iure*» como «presunciones» en sentido técnico estricto.

Desde un punto de vista formal, y en apariencia, se mantiene en ellas la estructura de la presunción, latente en las definiciones antes ofrecidas: hay un hecho indicio, un hecho presunto y un enlace lógico entre ambos. Lo que ocurre es que si nos situamos en

(14) Prieto Castro, «Manual de Derecho Procesal Civil». Madrid, 1950, pág. 298.

(15) Rosenberg, op. cit., pág. 203.

una perspectiva material, observamos que tanto el hecho presunto como la máxima de experiencia quedan desprovistos de toda relevancia en orden a la determinación del supuesto de hecho de la norma, y del presupuesto fáctico de la sentencia, de tal modo que los efectos jurídicos se vinculan directamente al hecho base o indicio elegido por la norma. En definitiva, no es sino una técnica legislativa, un modo de legislar, que cambia el genuino supuesto de hecho de una norma, por otro distinto; el hecho presunto, por el hecho indicio.

¿Pierden por ello su carácter de presunción? Rosemberg (16) así lo entiende al afirmar que «no son otra cosa que ficciones; tienen la forma de presunción pero la esencia de la ficción, porque no se admite la prueba en contrario». En opinión de Carreras (17) se trata de una auténtica presunción que se plasma o configura en una norma jurídica, y no una presunción **basada** en una norma jurídica. Por esto, sí puede decirse que, por su naturaleza o estructura es una presunción, lo cierto es que no tiene relevancia alguna en el campo del Derecho procesal. Concluyendo, en nuestra opinión se trataría de «presunciones» en un sentido léxico o filosófico, pero no jurídico, con lo cual las excluiríamos de nuestro estudio. No obstante, y para cerrar el asunto, creemos conveniente analizar el «porqué» de esta forma de legislar. La cuestión la aborda Carreras (18), diciendo que el legislador prevé que el supuesto de hecho al que pretende vincular una consecuencia jurídica es o sería imposible de probar, lo cual determinaría la esterilidad o inoperancia de la norma. El mismo autor precisa que dicha «imposibilidad» puede ser **física** (imposibilidad, en el estado actual de las ciencias físicas, de saber si o cuándo acaeció un hecho determinado), **moral** (podría llegarse a una certeza, pero a costa de situaciones que atentarían contra la moral o las buenas costumbres) o **jurídica** (el legislador no considera conveniente la investigación). En nuestra opinión, no obstante, no se trata exclusivamente de razones de imposibilidad, sino más bien de **política legislativa**, sobre todo en los supuestos que Carreras denomina «imposibilidad moral» o «jurídica». El campo de las presunciones legales absolutas desborda, funcionalmen-

(16) Rosemberg, op. cit., pág. 192.

(17) «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», en Fenech-Carreras, «Estudios de Derecho Procesal», pág. 337 y ss. Barcelona, 1962, pgfo. n.º 10.

(18) Op. cit., pgfo. n.º 10.

te, el de la mera técnica del juicio sobre certeza o probabilidad, atendiendo a finalidades más amplias, e incluso extrajurídicas. Prueba de ello podemos encontrarla en la presunción del art. 643, párrafo segundo, del Código Civil (19) que, a mi juicio, encierra una presunción legal absoluta. En ella, lo que se pretende no es facilitar una prueba, sino establecer un orden de prelación de créditos.

Por último, cabría argüir que si el hecho presunto pierde toda relevancia, por qué habría de aparecer en la norma, pudiendo sustituirse literalmente por el hecho indicio. A esto puede responderse diciendo que la irrelevancia del hecho presunto es tal únicamente en cuanto al **juicio de hecho** (determinación del presupuesto fáctico de la sentencia), pero no en cuanto al **juicio de derecho**, es decir, cuando se trate de determinar el sentido y alcance de la norma a aplicar (interpretación, analogía, etc.). En virtud de todo lo dicho, y como conclusión, queda justificada, a nuestro juicio, la existencia de esta forma de legislar, si bien la denominación de «presunción» no nos parece aquí adecuada.

B) Excluidas de nuestro campo de estudio las llamadas «presunciones iuris et de iure», procede ahora analizar las diferencias estructurales y funcionales entre las «iuris tantum» y las judiciales u «hominis», que dificultan, como dijimos, la formulación de un concepto unitario de presunción.

La diferencia fundamental desde el punto de la estructura es-triba en que el enlace entre el hecho indicio y el presunto esté establecido en la ley, a priori o que haya sido formado por el juzgador en el caso concreto, lo cual determina una dinámica distinta y unos efectos procesales divergentes.

Como dice Carreras (20), «el Juez pasa a veces de hechos fijados ya como ciertos a otros hechos desconocidos todavía, ya en virtud de preceptos legales concretos que le obligan a dar por probados hechos que no lo fueron directamente, ya con libre utilización de criterios proporcionados por las propias normas de experiencia: este es el campo en el que operan las presunciones legales relativas y las judiciales».

(19) «Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella».

(20) Op. cit., pgfo. n.º 2.

En las presunciones «iuris tantum» el supuesto de hecho **no se desplaza**, como ocurría en las «iuris et de iure», sino que queda en la norma como hecho presunto, y se añade otro supuesto (el hecho indicio) ligado a él, a través de una norma de la experiencia. Como la probabilidad que fundamenta esta técnica no excluye la posibilidad de que el hecho presunto no se haya producido, por mediar una interferencia en la aplicación de la regla de experiencia, se permite que la parte a quien el efecto jurídico perjudique pueda demostrar la falsedad del hecho presunto, y por ello admite la prueba en contrario.

O, dicho de otro modo: en las presunciones legales relativas el legislador no cambia el supuesto de hecho de la norma por otro distinto, sino que facilita la fijación o prueba de dicho supuesto, si bien no considera oportuno cerrar la posibilidad de destruir la presunción mediante prueba contraria.

En las presunciones judiciales ninguna norma obliga al Juez a realizar la presunción. Tan solo se lo permiten. El Juez, ante cada supuesto fáctico concreto del que deba conocer, podrá formular «juicios de probabilidad» basándose, no en máximas de la experiencia codificadas o predeterminadas en la Ley, sino extraídas de su personal conocimiento. La justificación de la existencia de estas presunciones viene dada por el hecho de que el Juez debe conocer de una variedad de supuestos mucho más rica y casuística que la que pueda imaginar el legislador.

¿Podemos insistir en nuestro empeño de formular un concepto unitario de presunción?

Para casi todos los autores, las diferencias indicadas son accidentales, sin que afecten a la esencia de la institución. Como dice Serra (21) «la circunstancia de que por cualquier motivo el legislador se haya anticipado a la función del juzgador y haya señalado la relación existente entre dos hechos como determinante de una presunción, no es obstáculo para que tal presunción siga existiendo».

En efecto, tanto en una como en otra clase de presunción, se observa una misma **estructura**: el juzgador, sobre la base de un hecho que llamamos «indicio», y en virtud de una **relación** exis-

(21) Op. cit., pág. 41.

tente entre el mismo y otro distinto que no ha podido ser fijado de otro modo, realiza una deducción lógica, dando por cierto el segundo, llamado «**hecho presunto**». La presunción entraña dos hechos y una relación o nexo entre ambos; el hecho base o indicio debe ser fijado por cualquiera de los procedimientos legales, ya que si queda incierto, la presunción es inviable; el hecho presunto, en principio, queda incierto, ya que si su fijación formal es posible por otro medio, la presunción sobra. Y precisamente por haberse fijado formalmente el indicio y existir un nexo entre éste y el hecho presunto, pasa el Juez igualmente a fijar este último formalmente.

No obstante esta identidad de naturaleza y de estructura, entre ambas hay diferencias, no sólo en cuanto a la autoridad que la realiza, sino también en cuanto a su operatividad en el proceso, su tratamiento procesal, su control en casación, etc. Decottignes (22) nos indica cuáles son las diferencias fundamentales entre ambas:

1.º El carácter abstracto de la presunción legal, por contra a la apreciación concreta del hecho indicio practicada por el Juez en las judiciales.

2.º El carácter obligatorio de la presunción legal, por contra al poder soberano de apreciación en las judiciales.

3.º El carácter excepcional y la interpretación restrictiva de la presunción legal, que no concurre en las judiciales.

Piénsese, sin embargo, que estas diferencias no son tan absolutas, dado que:

1.º Determinadas presunciones judiciales han ido objetivándose y adquiriendo un cierto carácter de generalidad, lo cual puede detectarse con un detenido análisis jurisprudencial.

2.º Las presunciones judiciales no escapan a un cierto control en casación, como veremos.

3.º No está tan claro que una presunción legal haya de interpretarse restrictivamente, si se entiende que están formuladas para facilitar la tarea del juzgador o para alcanzar determinados fines que van en consonancia con los principios generales de nuestro ordenamiento.

(22) Op. cit., pág. 286 y ss.

En consecuencia, estimo que hay dos caminos posibles para la construcción del concepto unitario que buscamos: o bien se hace una formulación muy genérica, sin entrar en detalles, o bien se introducen en la propia formulación matizaciones que indiquen la diversidad de tipos diferentes.

Lo primero es lo que hace Jiménez Conde (23), al entender la presunción como «aquél enjuiciamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho conocido y cierto, por aplicación de unas máximas de experiencia, se llega a la fijación del hecho presunto, distinto y desconocido». Y el segundo camino es el utilizado por Carreras, al definir las como «juicios de probabilidad de unos hechos, verificados indistintamente por el legislador o el órgano jurisdiccional, en cuanto sujetos con autoridad para regular las conductas ajenas, como instrumento de fijación del supuesto de hecho de una norma legislada, o de los hechos en que se ha de fundar la sentencia jurisdiccional, tomando como base un hecho distinto, elegido apriorísticamente o fijado de modo formal como acaecido históricamente» (24).

Entiendo que una combinación de ambas definiciones (la primera describiéndonos el proceso intelectual en que consiste la presunción, y la segunda matizando y detallando su estructura), nos deja definitivamente localizado y aislado el objeto de nuestro estudio.

(23) Op. cit.

(24) Op. cit., pgfo. n.º 9.

II.—REGULACION LEGAL.

Pocos e imprecisos artículos son los que nuestro ordenamiento jurídico dedica a las a las presunciones. Son fundamentalmente los arts. 1.215 y 1.249 a 1.253 del Código Civil, los cuales consideran las presunciones judiciales como medio de prueba (art. 1.215) y como dispensa de la prueba (art. 1.250) las presunciones legales.

Las presunciones legales —absolutas y relativas—, se recogen en el art. 1.251: «Las presunciones establecidas por la Ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba». Las presunciones judiciales aparecen en el art. 1.253: «Para que las presunciones no establecidas por la Ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

Por último, habría que tener en cuenta las numerosísimas presunciones legales concretas establecidas en todas las ramas del ordenamiento jurídico y que ilustran sobre su naturaleza y efectos. Tendremos ocasión de analizar algunas de ellas.

III.—FUNDAMENTO.

El fundamento o justificación de las presunciones está constituido por principios de **oportunidad** y de **causalidad**. Los primeros serán analizados posteriormente, al examinar la función de las presunciones (fundamento «funcional»), y se refieren más bien a las presunciones legales, que pueden responder a exigencias muy diversas: su existencia queda justificada por la función concreta que va a cumplir respecto de una institución o respecto de una norma jurídica determinada.

Mas genéricamente suele hablarse —y de ello vamos a ocuparnos en este epígrafe— del fundamento «causal», el cual nos pone inmediatamente en contacto con el mecanismo en que consiste la presunción, al estar íntimamente relacionado con su estructura. Podría decirse que, sin son criterios de oportunidad los que justifican y explican cada una de las presunciones concretas, es el fundamento «causal» el que da cuenta de la razón de ser de la institución de las presunciones, como tal.

Este fundamento causal o lógico consiste en lo que la doctrina ha venido en llamar «**teoría de la normalidad**», que no es sino la expresión en el campo jurídico del principio de causalidad en las ciencias naturales. Dicha teoría está latente en determinadas sentencias del Tribunal Supremo que, como en la de 11 de junio de 1955, al hablar del enlace preciso y directo que ha de existir entre hecho indicio y hecho presunto, establece que el sistema deductivo ha de regularse «de forma que los antecedentes o causas que lo motiven conduzcan, por un sistema de raciocinio lógico o con sujeción a las reglas del criterio humano, a la consecuencia que de aquéllos se obtiene, teniéndolos del **orden natural de los acontecimientos**».

El principio de causalidad, tan fecundo para la construcción de las ciencias físicas, basadas en el esquema de «**experimentación-deducción lógica-generalización**», tropieza, al traspasar el campo jurídico con el fenómeno de la libertad y la relatividad del comportamiento humano, no susceptible de valoración precisa a través de normas lógicas o exactas. Se habla entonces de «**principio de la normalidad**» el cual, basado también en el esquema anterior, se formula sin pretensiones de exactitud, con una fuerte dosis de relativismo que nos obliga a hablar de «**probabilidades**» y no de «**certezas**».

En el mundo físico o natural, «unas mismas causas producen siempre unos mismos efectos». En el mundo de la conducta humana, plano de proyección del Derecho, «lo normal» es que de determinados hechos o premisas se deduzcan otros distintos, deducción que será más o menos acertada y generalizable según el estado en que se encuentren las ciencias sociales y según parta o no de la base de relatividad del comportamiento humano. Hay que tener en cuenta también que, además de su imperfecto conocimiento, las leyes que regulan la conducta humana adolecen de un criterio de valoración subjetiva que afecta a su precisión.

De todo lo dicho puede extraerse una doble consecuencia:

a) En el campo jurídico, y en concreto en el de las presunciones, es preciso hablar de «juicios de probabilidad» y no de juicios de «certeza».

b) La importancia de las excepciones a la regla general, o la **«anormalidad»**, que fundamenta la necesidad de la admisión de la prueba en contrario del hecho presunto, salvando así, satisfactoriamente, el obstáculo que la indeterminación y relatividad del comportamiento humano supone para una regulación global del mismo basada en el mecanismo de las presunciones.

Analicemos detenidamente ambas cuestiones.

1.—**Probabilidad y certeza.**

Hemos dicho que en el campo jurídico, como ciencia social que es, no parece conveniente hablar de «certeza»; y, en consecuencia, hemos definido las presunciones como «juicios de probabilidad».

Algunos autores estiman que la idea de la «probabilidad» es el distintivo de las presunciones, frente a los medios de prueba en sentido estricto, que entrañan, a su entender, un juicio de certeza. Pero es al llegar a este punto cuando la institución que nos ocupa comienza a presentárenos en toda su conflictividad y cuando entronca con los grandes problemas del proceso civil en general.

Si la naturaleza de las presunciones, como veremos, es obscura, es precisamente por la confusión existente en el punto que ahora mismo tratamos. ¿Es cierto que los medios de prueba ordinarios ofrecen o buscan una «certeza» mientras que las presunciones únicamente representan una «probabilidad»? ¿Dónde es-

tá el límite entre ambos conceptos? ¿No hemos dicho que en el mundo del Derecho no puede hablarse de certezas, sino tan solo de probabilidades?

Dos afirmaciones de Carreras (25) pueden servirnos para enmarcar la cuestión y extraer algunas conclusiones: en primer lugar, después de establecer una graduación entre los niveles de «certeza», «probabilidad cualificada», «probabilidad simple» y «mera posibilidad», por este orden, y después de admitir, ciertamente, que en la vida del Derecho «la certeza y la verdad son siempre de carácter histórico», con lo que «sólo puede hablarse de verdad o certeza empíricas, y no absolutas», afirma que «en todo caso, la certeza jurídica relativa no equivale a la probabilidad en el sentido indicado». De esta forma, Carreras parece salvar el escollo de la relatividad reinante en el conocimiento del comportamiento humano. No obstante, estimamos que es una solución meramente terminológica, aparente, porque seguimos sin ver precisado el límite entre dicha «certeza relativa» y la «probabilidad cualificada» a que hace referencia. Cuestión, pues, terminológica que no resuelve el problema planteado, como así lo advierte Decottignes (26) quien, tras preguntarse, con Pascal «est-il probable ce que la probabilité assure?», dice que «la frontera que se pretende trazar entre el campo de lo posible, de lo probable y de lo cierto es bien difícil de establecer».

La segunda afirmación de Carreras afecta más directamente al centro de la cuestión: «la certeza jurídica —dice— no excluye en lo objetivo una posibilidad de que sea cierta la proposición contraria o incompatible a la admitida como cierta, pero supone que esta posibilidad queda excluida subjetivamente en el ánimo del juzgador», con lo que aconseja deslindar los campos objetivo-subjetivo para delimitar los conceptos de certeza moral y probabilidad. Pues bien, efectivamente hay que distinguir ambos campos, pero es que, a su vez, entiendo que habrá que introducirse un tercer nivel: el formal o procesal. De esta forma, respecto de la certeza y probabilidad de un hecho, nos encontramos con tres niveles distintos:

(25) Op. cit., pgfo. n.º 7.

(26) Op. cit., pág. 22.

a) el **objetivo** o material, que hace referencia a la realidad histórica.

b) el **subjetivo**, que atiende a la convicción interna del juzgador sobre la existencia material del hecho.

c) el **procesal** o **formal**, íntimamente ligado al carácter del proceso civil, y que hace referencia al proceso de fijación del presupuesto fáctico de la sentencia: qué hechos son los que el Juez ha de tener en consideración para atribuirles una consecuencia jurídica.

Como sabemos, por virtud del llamado «principio de adquisición procesal», en el proceso civil se busca una verdad formal, independiente del convencimiento que el juzgador pueda tener respecto de la misma. El juez no debe atender, o no debe atender solamente, a su propia convicción respecto de los hechos, si las reglas que ordenan el proceso y la prueba se lo impiden; tiene que atenerse, por el contrario, en su juicio, a los hechos que, conforme a tales reglas procesales, han de considerarse como formalmente fijados. En consecuencia, los conceptos «certeza» y «probabilidad» parecen desdibujarse al enfrentarse ante la búsqueda de una verdad formal que puede contradecir incluso la verdad objetiva de los hechos y la subjetiva del juzgador. En este plano hay que situar la discusión en torno a la distinción entre los medios de prueba y las presunciones.

Al respecto, puede ilustrarnos la sentencia de 6 de mayo de 1950, que dice que «en la apreciación de la prueba para llegar al juicio sobre los hechos alegados, la declaración de los que se estimen probados, excluye toda duda sobre la **existencia procesal**, y por el contrario, implica la certeza moral de esta existencia; sin excluir, claro es, **dada la especie de tal certeza**, la posibilidad de una realidad contraria a la acreditada por la prueba que se practicó en el pleito».

El **juicio de hecho** que el Juez practica se encuentra mediatizado jurídicamente, de tal modo que el Juez está sujeto por las llamadas pruebas legales o tasadas, las normas sobre la valoración de las pruebas, un «numerus clausus» de medios probatorios, el principio de aportación de parte, etc. Se pretende con ésto, como es de sobra conocido, preservar la seguridad jurídica frente a la subjetividad del Juez a la hora de reconstruir la pequeña historia de cada proceso. ¿Qué sentido tiene aquí hablar de certeza

o de probabilidad? En el plano objetivo, la certeza es independiente de los medios utilizados en la investigación. En el plano subjetivo, la misma, o menor «certeza» (convencimiento) puede adquirir el Juez mediante la prueba de confesión, por ejemplo, que mediante una presunción. Y en el plano procesal, el hecho presunto queda formalmente fijado mediante una presunción legal o judicial con la misma fuerza que podría haber ofrecido un medio de prueba, y sin que pueda dudarse de su existencia procesal.

Concluyendo, dos vías podemos seguir a partir de aquí:

- a) Considerar que no existe ninguna diferencia sustancial entre las presunciones y los medios probatorios admitidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, o
- b) Buscar una diferenciación distinta de la que se obtiene a través de la dualidad certeza-probabilidad.

Pero nos hemos adelantado al epígrafe sobre la naturaleza de la presunción, y allí seguiremos con este tema.

2.—La «anormalidad».

Dada la relatividad de las reglas sobre la conducta humana, es preciso tener en consideración y dar un tratamiento legal y procesal adecuado a las excepciones a dichas reglas, es decir, a los supuestos en que la «teoría de la normalidad» nos lleve a un conocimiento inexacto o deformado de la realidad.

Si hemos dicho que la «teoría de la normalidad» constituye el fundamento de la institución estudiada, dicha justificación no quedaría completa si ignorásemos las limitaciones que tal teoría conlleva en cuanto a la determinación de los hechos. Las excepciones a una regla general tan relativa adquieren suma importancia, y por ello consideramos que la posibilidad de la «**prueba en contrario**» forma parte de la propia estructura de la presunción. Si no cabe «prueba en contrario» es que se desconoce, a efectos del proceso, la relatividad de la «teoría de la normalidad», y falta un elemento estructural, con lo que no estaríamos ante una verdadera presunción. No es, pues, la posibilidad de prueba en contrario un añadido, un «plus» respecto a la estructura propia de las presunciones, del que pudiera prescindirse sin alterar sustancialmente su configuración. Entiendo, por el contrario, que se trata de una característica que deriva del propio fundamento de las presunciones y, por lo tanto, inherente a las mismas. Con esto esta-

mos reiterando que no puede otorgársele el carácter de presunción a las «iuris et e iure».

La prueba de la anormalidad excluye el juego de la teoría de la normalidad. Desacreditada por un medio probatorio fehaciente la existencia del hecho presunto, el Juez no podrá hacer uso de la presunción.

Volveremos también sobre el tema en otro epígrafe.

IV.—NATURALEZA JURIDICA.

Con frecuencia la discusión en torno a la naturaleza jurídica de una institución es cuestión de eruditos que pugnan por poner una determinada «etiqueta» a fenómenos que se explican y se justifican por sí mismos. Otras veces sí es importante analizar los caracteres de una institución, ya que de su naturaleza se derivarían determinados efectos prácticos de interés.

Con el tema de las presunciones ocurre un poco de cada cosa. Nosotros nos limitaremos a apuntar los problemas más importantes que pueden suscitarse en esta materia, con la finalidad de delimitar más precisamente el significado autónomo de esta institución, distinguiéndola de otras semejantes muy vecinas.

1.—Carácter material o procesal. Criterios. (27).

a) El criterio decisivo para determinar si una norma es de carácter procesal o material no es su ubicación en uno u otro cuerpo normativo. El hecho de que las normas sobre las presunciones se encuentren en el Código Civil y no en la Ley de Enjuiciamiento Civil no prejuzga su naturaleza material.

b) Algunos autores consideran que una norma es material si produce efectos fuera del proceso, y procesal en el caso contrario. Se trata de un criterio algo impreciso, debido a que las normas típicamente procesales producen efectos entre las partes, a la hora de su comportamiento o de la configuración de relaciones jurídicas, y las normas típicamente materiales inciden de lleno en el proceso. Se intenta obviar esta crítica diciendo que una norma es procesal si produce efectos «a través» del proceso, o «en función» del mismo. Pero, aun así, podría derivarse que, según este criterio, todas las normas tienen carácter procesal.

c) Algún otro argumenta el carácter material de las normas de presunción de la siguiente manera: puesto que lo normal es que las normas que contienen una presunción sean complementarias de otras normas materiales, específicas o generales, su naturaleza deberá coincidir con la de la norma principal a la que complementa (criterio de la conexión).

(27) Como es obvio, únicamente se plantean dudas en torno a su carácter procesal o material, respecto de las presunciones legales, o normas de presunción.

d) Otros autores, por su parte, establecen un criterio distinto para ver si la norma es procesal o material: en función de los **destinatarios** de la misma. La norma material va dirigida a los ciudadanos, para regular su conducta, dicen; la norma procesal va dirigida al Juez, para la tramitación del proceso, ordenándoles igualmente la observancia de una conducta.

En tal sentido, afirma Serra: «La relación material entre los individuos no se altera mediante la existencia de una presunción. Para que tengan derechos u obligaciones es menester en todo caso la concurrencia de los presupuestos exigidos por la norma. Ahora bien, se ordena al Juzgador que aun cuando no se pruebe positivamente la concurrencia de todos los mencionados presupuestos haga la declaración del derecho o de la obligación siempre que concorra otro hecho íntimamente ligado con el presupuesto defectivo, y expresamente señalado por el legislador» (28). En definitiva, como la presunción va dirigida al Juez, la presunción es de carácter procesal.

Una objeción, no obstante: también las normas típicamente materiales van dirigidas al Juez, en el sentido de que le indican lo que tiene que decidir en la sentencia. Además, con frecuencia, las partes, conocedoras de la presunción legal y de la dificultad que suele entrañar la prueba contraria, cuidan más la producción o realización del hecho indicio que la del presunto constitutivo del efecto jurídico pretendido.

En nuestra opinión no es posible establecer un criterio definitivo que delimite la norma material y la procesal. Acaso sea una distinción meramente artificial o didáctica. Lo que sí puede constatare es una distinción «**intuitiva**». A nadie se le ocurre dudar del carácter material del art. 1.261 del Código Civil, que establece los requisitos del contrato, del mismo modo que todos piensan que es procesal el art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que indica los motivos de casación.

¿Qué ocurre, entonces, con las normas de presunción? A nuestro juicio, y simplificando, son de carácter procesal en cuanto que van dirigidas al Juez para la formación del juicio de hecho, y son de carácter material en tanto que configuran relaciones e

(28) Op. cit., pág. 52.

instituciones jurídicas, complementan normas materiales, y tienen efectos extraprocesales, como veremos. Así pues, podemos afirmar que se trata de normas de carácter complejo o mixto. Preciando más, puede decirse, de un modo intuitivo, que las llamadas presunciones legales de derecho tienen carácter predominantemente material, mientras que las llamadas presunciones legales de hecho al ir más directamente dirigidas a regular el procedimiento, son predominantemente procesales.

Este carácter complejo o híbrido queda corroborado si consideramos el problema de la **negociabilidad** de sus efectos. Los efectos procesales de la presunción son, naturalmente, indisponibles, y la autonomía de la voluntad no puede derogarlos ni modificarlos. Ningún pacto entre las partes eximirá al Juez de la obligación de hacer uso de la presunción cuando la Ley la prescribe. Sin embargo, en opinión de algunos autores, las características materiales de la presunción sí podrán ser alteradas por las partes, al menos en la generalidad de los casos.

El siguiente problema es analizar el «**encuadramiento**» de nuestra institución, es decir, si las presunciones han de englobarse dentro de otra figura, o si constituyen por sí mismas una institución independiente y «sui generis». Esta cuestión ofrece más interés que la anterior, puesto que podremos ver la relación existente entre la presunción y la prueba, y responder al problema que habíamos dejado planteado en el epígrafe tercero.

Ordinariamente, las presunciones se han identificado, según los diversos autores, con los medios probatorios ordinarios, con las normas sobre la carga de la prueba, y con las normas de valoración de la prueba. Estudiaremos por separado cada posibilidad.

2.—Presunciones y valoración de la prueba.

«Ciertamente es innegable que existe una marcada analogía entre las presunciones y las reglas de apreciación de la prueba. Tal analogía se hace más patente si cabe, si tenemos en cuenta que tanto la una como la otra tienen un carácter marcadamente empírico, y se construyen análogamente partiendo de las máximas de la experiencia. Es más, tanto en uno como en otro caso existen tanto con carácter judicial como con carácter legal. El legislador ha recogido tales principios experimentales y les ha otorgado una categoría legal, y en muchos casos su elevación a nor-

mas ha respondido a unas mismas exigencias» (29). No obstante, como también afirma Serra, en la apreciación de la prueba el juzgador no elabora nuevas afirmaciones, sino que tan solo depura las presentadas a su examen, mientras que en la actividad en que la presunción consiste, el Juez se basa no sobre afirmaciones instrumentales, sino sobre afirmaciones «judiciales» —hechos fijados procesalmente—, tratándose de una actividad creadora, «que de una afirmación extrae las afirmaciones lógicas y causalmente unidas a la misma, y su función no puede en ningún caso ser traductora y receptiva» (30).

Jiménez Conde, en relación a este tema, establece una doble analogía, para entender la naturaleza de la presunción, entre:

a) Indicio - Medio de prueba (por su relación con el hecho a probar), y

b) Apreciación del indicio - Apreciación de los medios de prueba: tanto en una como en otra se parte de dos hechos distintos para probar otro, las reglas de la experiencia juegan un papel decisivo, y sirven para fijar un hecho incierto.

También parece interesante la analogía que establece Carerras, cuando afirma que «entre las reglas sobre prueba y las presunciones iuris tantum, en cuanto producto de la actividad del legislador, existe la misma y exacta relación que entre la apreciación libre de la prueba y la utilización de las presunciones hominis por el titular del órgano jurisdiccional» (31).

Todo lo más que ponen de manifiesto estas afirmaciones no es sino una cierta semejanza o paralelismo funcional entre ambas figuras, sin que puedan, por ello, asimilarse o identificarse la una con la otra.

3.—Presunciones y medios de prueba.

Si por «medio de prueba» entendemos cualquier procedimiento legal para la fijación formal de los hechos o para la construcción del juicio de hecho, evidentemente la presunción es un medio de prueba. Pero el término «prueba», en sentido estricto, no abarca

(29) Op. cit., pág. 57.

(30) Op. cit., pág. 58.

(31) Op. cit., pgfo. n.º 12.

todas la operaciones de fijación procesal de hechos. Como dice Carreras (32), «el juicio de hecho resulta más amplio que la prueba y su apreciación; de las diversas operaciones jurisdiccionales que integran o pueden integrar el juicio de hecho, sólo se corresponden con la prueba las que tienden a fijar formalmente los hechos atendiendo a los objeto introducidos en el proceso por las partes, o de oficio en las diligencias para mejor proveer». Efectivamente, junto con los medios de prueba en sentido estricto, otras instituciones intervienen en el juicio de hecho —como la admisión de hechos— que, sin ser tales medios de prueba, contribuyen a la fijación de los hechos sobre los que habrá de basarse la sentencia. Lo que nos preguntamos es si las presunciones son una de tales instituciones extrañas a los medios probatorios, o si no cabe distinción entre una y otra figuras. Caso de adoptar la primera postura, habría que establecer el criterio distintivo, y ya vimos que éste no podía ser el de la dualidad «probabilidad-certeza» (33).

El Código Civil, en su art. 1.215 incluye las presunciones entre los medios de prueba. No ocurre lo mismo con el art. 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no cita para nada las presunciones. Por su parte, nuestro Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia, considera a las presunciones como medios de prueba de carácter subsidiario. En este sentido, la sentencia de 24 de abril de 1956, afirma que «las presunciones, según el art. 1.215 del Código Civil, constituyen un medio de prueba y son de tanta eficacia como cualquiera de los demás para dar por cumplida la exigencia del art. 1.214 del mismo Código». Y la de 23 de diciembre de 1952, complementa diciendo: «es doctrina jurisprudencial que, dado el carácter supletorio que en el orden de las pruebas está asignado a las de presunciones, no existe necesidad legal de acudir a ellas cuando el hecho debatido tiene demostración eficaz por los demás medios de prueba del art. 1.215 del Código Civil».

Hay que entender, en mi opinión, que tanto el art. 1.215 como el Tribunal Supremo en las sentencias aludidas, se refieren exclusivamente a las presunciones judiciales, pero no a las lega-

(32) Op. cit., pgfo. n.º 2.

(33) Vid. supra, págs. 23 a 27.

les, las cuales se consideran, en el art. 1.250 del Código Civil, como una «dispensa de la prueba».

Con todo, es posible seguir dudando del carácter de las presunciones judiciales como medio ordinario de prueba si pensamos, con algún autor, que cuando el Juez fija formalmente el hecho presunto a través de una presunción, no lo hace con base en los objetos introducidos en el proceso con la finalidad de reconstrucción de los hechos reales, sino con base en fragmentos de la historia ya construida. La presunción presupone la existencia de unos hechos ya fijados formalmente (indicios). De este modo, mientras que los medios probatorios ordinarios van dirigidos directamente al hecho que quiere acreditarse, la presunción sigue un camino indirecto, partiendo de un hecho distinto del que interesa para, mediante una deducción lógica, alcanzar dicho hecho presunto (34).

Lo que ocurre es que, con esto, lo que estamos haciendo no es sino replantear la clásica distinción entre la **prueba directa** o inmediata, en la que «el objeto sobre que recae directamente la actividad probatoria son los mismos hechos que sirven de presupuesto a la norma», y la **prueba indirecta** o mediata, en la que «se trata de otros hechos, de tal modo encadenados con aquéllos que por deducción lógica puede concluirse que dados unos hechos se han dado también los otros» (35). Si damos por buena esta terminología, comúnmente aceptada, tendremos que concluir, desde luego, que las presunciones judiciales son un medio de prueba indirecta.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con las presunciones legales, las cuales sí marcan diferencias de más peso con los medios probatorios: así, mientras los medios de prueba requieren normas de procedimiento que regulen su actuación, no hay necesidad de ellas para este tipo de presunciones; mientras que los medios de prueba deben ser propuestos por las partes en forma y tiempo, la presunción legal no requiere la previa proposición de las partes, ni debe realizarse necesariamente en el período probatorio del proceso; en dicho período deberá acreditarse el he-

(34) Vid. Carreras, op. cit., pgfo. n.º 12.

(35) Gómez Orbaneja, «Derecho Procesal Civil», vol. 1.º, 8.ª edic. Madrid, 1976, pág. 289.

cho indicio, pero la presunción juega después, en el momento de dictar sentencia. También sobre este punto nos sirve la claridad de Rosemberg: a su juicio, con la presunción legal «no se trata de la comprobación de hechos sino de la aplicación del derecho, cuando el Juez en virtud de la presunción legal toma en consideración el hecho presunto. El Juez basa en él su sentencia, no porque se trate de un hecho probado sino que, precisamente, lo hace **sin** prueba; la presunción hace superfluas la prueba y la verificación del hecho presunto» (36).

4.—Presunciones y carga de la prueba. (37).

A primera vista, puede parecer que las normas de presunción son normas de distribución o inversión de la carga de la prueba, ya que, acreditado el hecho indicio, la parte favorecida por la presunción no debe ya probar el hecho presunto, sino que es la parte contraria la que deberá probar la falsedad o inexistencia del mismo. Además, parece como si todas las reglas de distribución de la carga de la prueba fuesen presunciones (38), sólo que «invertidas»: se presume la inexistencia de un hecho, si la parte a quien corresponde no prueba su existencia.

Admitir tales postulados supondría un desconocimiento tanto de la «carga de la prueba» como de las presunciones. Evidentemente, toda norma sobre la carga de la prueba supone una presunción, pero es una presunción en el sentido léxico o filosófico de la palabra, no en el técnico-jurídico que nos interesa, pues no se cumple la estructura de dicha institución (¿dónde estaría el hecho indicio?). Por otra parte, hay que tener en cuenta que el auténtico significado de las normas sobre carga de la prueba es proporcionar al Juez soluciones para el caso de que una afirmación no haya sido probada y el hecho alegado quede incierto, determinando a quién ha de perjudicar dicha incertidumbre. La presunción, por el contrario, consigue hacer desaparecer la «incertidumbre» —en sentido jurídico-procesal—, respecto de algún hecho, a partir de otro hecho ya acreditado en la fase probatoria.

(36) Op. cit., pág. 197.

(37) A partir de aquí, una vez dicho que consideramos las presunciones judiciales como medios de prueba indirecta, el problema queda reducido al ámbito exclusivo de las presunciones legales.

(38) «Hoy todavía se encuentra la opinión de que toda distribución de la carga de la prueba tiene su fundamento en la existencia o inexistencia de una presunción», Rosemberg, op. cit., pág. 180.

Un ejemplo aclaratorio lo tenemos en la llamada «presunción de buena fe en la posesión» contenida en el art. 434 del Código Civil (39) que, a pesar del término utilizado, no es sino una norma de atribución de la carga de la prueba, ya que:

- a) No hay hecho indicio del que pueda deducirse el presunto.
- b) Lo que se establece es que si, terminado el período probatorio, no ha quedado acreditada la mala fe, el Juez deberá afirmar la existencia de buena fe en la posesión, sin que el poseedor haya tenido que proponer ni practicar ningún tipo de prueba (40).

Dice Carreras (41) que «si la parte no prueba el hecho presunto por los medios de prueba propiamente dichos, sufrirá las consecuencias perjudiciales en caso de que tal hecho no pueda ser fijado formalmente; en este sentido sigue teniendo la carga de la fijación formal del propio hecho, es decir, la carga de la prueba. En cambio, la parte contraria no tiene en contra de lo que se ha dicho la carga de probar la falsedad del hecho presunto, pues si el hecho queda incierto no será él quien sufra los perjuicios de la incerteza». Dicho de otro modo, lo que ocurre es que la presunción no puede juzgar si el hecho indicio no está suficientemente acreditado, de modo que, en el mejor de los casos no existe inversión de la carga de la prueba, ni revelación de dicha carga para el favorecido por la presunción, sino **sustitución** de la carga de la prueba del hecho presunto por la del hecho indicio.

Decottignies (42) es más claro: «es pura apariencia —dice— hablar de inversión de la carga de la prueba. Las reglas de distribución de la prueba quedan tal cual son». La presunción, según esto, no es, pues, sino instrumento que el legislador ha dado a las partes para practicar su prueba.

En el mismo sentido, Hedemann dice que «no se produce realmente más que un **alivio** de la carga de la prueba», en tanto que «la parte favorecida tiene que probar siempre únicamente los supuestos de la presunción, no incumbiéndole, en cambio, la car-

(39) «La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba».

(40) Otras normas de atribución de la carga de la prueba son las contenidas en los arts. 79-2.º, 1.277, 448, 1.768, 359 del Código Civil, entre otras muchas.

(41) Op. cit., pgfo. n.º 17.

(42) Op. cit., pág. 233.

ga de la prueba respecto a la circunstancia objeto de presunción» (43).

Intentando simplificar la cuestión, que, en opinión de Rosenberg «se reduce a una mera disputa terminológica» (44) y «no tiene mayor importancia práctica» (45), nosotros podemos decir:

a) En el fondo de cualquier norma sobre la carga de la prueba late siempre una presunción, pero no en sentido técnico, sino léxico o filosófico.

b) La norma de presunción suele suponer, como efecto, una interferencia en los principios sobre la carga de la prueba (al actor incumbe la prueba de los hechos específicamente constitutivos de su derecho o necesarios para que nazca la acción ejercitada, mientras que al demandado corresponde acreditar los hechos impeditivos u obstativos, así como los extintivos que forman el supuesto de las excepciones que esgrima) (46). Pero, siendo esto cierto, hay que decir que ni este es el único efecto de las normas de presunción, ni pueden identificarse por ello ambos conceptos.

c) Las reglas de distribución de la prueba únicamente se alteran, en el proceso, una vez que se haya probado fehacientemente el hecho indicio que dará pie a la presunción; es entonces cuando se produce una inversión de la carga de la prueba del hecho presunto. Distinto es, pues, que una norma establezca a qué haya de atenerse el Juez cuando no haya quedado acreditado un hecho en particular; de ahí que sea conveniente distinguir entre la carga de la prueba, en general, y la carga de la prueba del hecho presunto, una vez acreditado el indicio.

Concluyendo, con Serra (47), «la presunción es, pues, un elemento del mecanismo de la prueba, consistente en una actividad realizada en la fase de fijación, situada entre la apreciación de la prueba y la carga de la prueba, pero con plena independencia de ambas instituciones, cuya función primordial es extraer de las afir-

(43) Op. cit., pág. 304.

(44) Op. cit., pág. 195.

(45) Op. cit., pág. 196.

(46) Vid. sentencias de 19 enero 1948, 23 diciembre 1954, 9 junio 1961, entre otras.

(47) Op. cit., pág. 62.

maciones instrumentales aceptadas por el juzgador todas aquellas otras afirmaciones íntimamente ligadas con la primera en virtud de ciertas máximas de experiencia, y que al lado de dicha función principal puede desempeñar otras funciones accesorias. La naturaleza de dicha actividad no es excepcional dentro del mecanismo probatorio, sino que tiene lugar en toda prueba, aunque a veces no se manifiesten al exterior los resultados de tal actividad por ser irrelevantes en el caso concreto».

5.—Presunciones y normas de derecho dispositivo o integradoras.

Por último nos resta salir al paso de otra confusión, patente en nuestro propio Código Civil: la de asimilar a las presunciones determinadas normas de derecho dispositivo, o integradoras de los negocios jurídicos, cuya virtualidad es de **normativizar** un negocio jurídico, en lo no previsto expresamente por la voluntad de las partes. Un ejemplo claro lo hallamos en la llamada «presunción de gratuidad del mandato» del art. 1.711 (48), como, asimismo, en lo dispuesto en el art. 1.138 (49).

No resulta difícil distinguir ambos conceptos, si consideramos que:

a) Las presunciones se refieren a hechos, y las normas de derecho dispositivo, a cláusulas negociales.

b) La presunción se destruye o desvirtúa por la **prueba en contrario**; las normas de derecho dispositivo, por el **pacto en contrario**.

(48) «A falta de pacto en contrario, el mandato **se supone** gratuito.

Esto, no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, **se presume** la obligación de retribuirlo».

(49) «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda **se presumirán** divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

V.—FUNCION.

Reflexionaremos en este epígrafe sobre el fundamento «funcional» de las presunciones, el cual nos dará la medida de la trascendencia que esta institución, de carácter eminentemente instrumental, tiene en el conjunto de un ordenamiento jurídico, indicándonos qué necesidades cubre, qué finalidades persigue, y qué funciones cumple en el proceso, y fuera de él.

Reviste, a mi juicio, gran importancia este aspecto, y lo estimo merecedor de una especial atención, ya que nos va a poner de manifiesto los múltiples y muy variados recursos que las presunciones pueden suministrar tanto al legislador como al juzgador, en sus respectivas tareas.

Podría decirse que, sin las presunciones, el Derecho vería reducida alarmantemente su operatividad, es decir, su capacidad encauzadora de la vida social, y su virtualidad resolutoria de los conflictos que en ella se plantean. Las presunciones, como mero **recurso técnico** del cual puede usarse y abusarse, adquieren a veces una importancia tal que, sin ellas, instituciones enteras se vendrían abajo o, al menos, cambiarían de signo.

1.—Función en el proceso.

Las presunciones son una institución que juega en el juicio de hecho en atención a la dificultad o imposibilidad de probar directamente determinados hechos constitutivos del supuesto fáctico de una norma, proporcionando un medio de fijación formal de los hechos, distinto de los medios de prueba ordinarios.

Proporcionan, pues, las presunciones una importante **agilización** en el desarrollo del proceso.

Diversos conceptos se entrecruzan en este punto, constituyendo las presunciones una especie de **compromiso** entre todos ellos:

- la justicia,
- la discrecionalidad o arbitrio judicial,
- el automatismo procesal.
- la seguridad jurídica.

—En las **presunciones legales** se combinan idóneamente la seguridad jurídica (las partes pueden prever perfectamente el en-

juiciamiento del Juez, pues está preestablecido en la Ley), automatismo procesal (las presunciones agilizan el proceso de fijación formal de los hechos, obviando el problema de una prueba difícil o imposible), y justicia (la institución jurídico-material de que se trate no queda desvirtuada por el uso de esta técnica legislativa, y además no desaparecen las garantías de una correspondencia entre los hechos presumidos y lo realmente acaecido, por la relación lógica que hace posible la fijación del hecho presunto en virtud de la «teoría de la normalidad», y por la posibilidad de la prueba en contrario).

En las **presunciones judiciales** es importante destacar que ofrecen al Juez un valioso instrumento para hacer frente a cada supuesto concreto, dejándole un amplio margen a su discrecionalidad para la fijación formal del hecho, sin que dicha discrecionalidad, tan temida en los sistemas judiciales latinos o continentales, merme la seguridad jurídica, ya que se trata de una discrecionalidad controlada, en el sentido que el Juez deberá someterse a las «reglas de la lógica y del criterio humano», siendo posible el recurso de casación a este respecto, como veremos más adelante.

Sin duda, las presunciones judiciales permiten al Juez la aplicación de su conocimiento privado de la realidad, de ahí que sea oportuno acentuar el fundamento «causal» en este tipo de presunciones, frente a cualquier arbitrariedad; es decir, la «teoría de la normalidad» será el criterio, junto con la lógica y las «reglas del criterio humano», de producción, valoración y control de tales presunciones, por contra a las de carácter legal, las cuales pueden responder a otro tipo de consideraciones.

Piénsese en aquellas instituciones, como la **simulación** o la **gestión de negocios ajenos** sin mandato, que requieren, tradicionalmente, como elemento constitutivo, un dato de la voluntad, un «animus» especial, cuya prueba directa no parece practicable si no es en base a declaraciones expresas. En este tipo de supuestos, las presunciones judiciales (o las legales, si las hubiere) consiguen el doble efecto de mantener dicho elemento psicológico como requisito constitutivo de la institución, y de facilitar su prueba mediante la deducción hecha de hechos «indiciarios», en los que, a fin de cuentas, acaba diluyéndose y objetivizándose dicho «animus» interno.

Nuestro Tribunal Supremo es consciente de esta operatividad de las presunciones, como lo demuestra en la sentencia de 24 de marzo de 1956, en la que expresa que de ellas «debe hacerse uso de una manera especial en los casos de simulación y actos fraudulentos que los interesados tratan de encubrir, como sucede en las cesiones, traspasos y subarriendos que se llevan a efecto sin dar cumplimiento a los requisitos que la Ley de Arrendamientos Urbanos exige para su validez». Semejante doctrina queda también de manifiesto en la sentencia de 24 de abril de 1961, referida en concreto al supuesto de la determinación de la simulación de un negocio.

2.—Función extraprocesal.

También fuera del proceso, como ya hemos apuntado, cumplen importantes funciones las presunciones. Y no me refiero ahora al efecto reflejo que sobre la conducta de los particulares pueda producir la posible existencia de un proceso, sino a auténticas consideraciones de **política legislativa**. Es la que podríamos denominar «vertiente material» de las presunciones, operando directamente sobre la configuración de las instituciones del Derecho privado. Insisto, una vez más, en que el carácter accesorio de las presunciones con frecuencia da paso a un protagonismo jurídico de las mismas, en el sentido de ir produciendo modificaciones sustanciales en el sesgo de las instituciones a las que sirve. En un sistema jurídico en el que los **hechos** comienzan a serlo todo, el papel de las presunciones crece considerablemente, hasta el punto de constituir, en ocasiones, auténticos ejes del ordenamiento, y llegar a ser sustitutivos o sucedáneos de otros elementos tradicionalmente de mayor peso específico.

De una forma genérica, puede decirse que el uso de las presunciones facilita la creación de determinadas relaciones jurídicas así como el cumplimiento de deberes morales, contribuyen a dar vitalidad a una institución que, sin ellas, raras veces entraría en vigor, son indispensables para la determinación de «conceptos jurídicos indeterminados» y de elementos psicológicos o anímicos, posibilitan la deducción de declaraciones tácitas de voluntad (¿dónde está lo tácito, y dónde lo presunto?) y constituyen los raíles por los que, con frecuencia, los principios generales del Derecho se insertan en el ordenamiento jurídico.

Un breve recorrido por algunas normas de presunción nos puede ilustrar sobre estos extremos:

a) El **art. 116** del Código Civil, que establece que «se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges», responde a un claro intento legislativo de favorecer la filiación matrimonial, frente a la extramatrimonial, además de ser exponente, sin duda, de la «normalidad» de los supuestos.

b) Por su parte, el **art. 359**, atribuyendo presuntivamente al propietario la realización y el coste de las obras, siembras y plantaciones efectuadas en su propiedad, supone un valioso instrumento al servicio de la protección del derecho de propiedad que, como se sabe, constituye uno de los pilares de nuestro Código Civil.

Igual finalidad cumple ese principio jurídico según el cual «la propiedad se presume libre de cargas».

c) El **art. 459**, al presumir que el poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, poseyó también durante el tiempo intermedio, es determinante para que la usucapión tenga alguna operatividad ya que, de lo contrario, le sería gravosísimo al que la pretendiese, probar la posesión constante.

d) En el **art. 1.183**, que presume culposa la pérdida por el deudor de la cosa objeto de la obligación, encontramos un supuesto de garantía legal del derecho de crédito, el cual se vería, sin dicha presunción, desprotegido y fácilmente vulnerable. Examinando este artículo, queda manifiesta la elección del legislador entre dos intereses en conflicto: la protección del derecho de crédito, y lo que podríamos denominar «presunción de inocencia civil» o, si se quiere, principio de responsabilidad aquiliana, que exigiría la prueba de la culpa del deudor.

e) El **art. 1.277** (cuyo carácter de presunción sólo es mantenible si consideramos como hecho indicio la existencia de un contrato), que presume la existencia y licitud de la causa en los contratos, está en estrecha conexión con el principio causalista de nuestro ordenamiento, protegiendo, sin renunciar a dicho principio, la seguridad del tráfico jurídico.

f) Especiales problemas plantean las presunciones de fraude del **art. 1.297**, en sus párrafos primero y segundo. A mi juicio,

el primer párrafo (50) contiene una presunción «iuris et de iure» de fraude, dada su relación con el art. 643, párrafo segundo (51), y no establece sino una prelación de créditos, dando preferencia a los onerosos sobre los lucrativos. En cambio, entiendo que la presunción del párrafo segundo del mismo artículo, que presume fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes, pudiera tener carácter de presunción «iuris tantum», como así lo ha afirmado frecuentemente nuestro más alto Tribunal. Su finalidad es la de hacer valer el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911, favoreciendo también a los acreedores anteriores, pero permitiendo la prueba de la ausencia de «animus fraudulento», lo que desvirtuaría la presunción.

g) La presunción de ganancialidad de bienes del **art. 1.361** constituye un fortalecimiento de la comunidad de gananciales.

h) El **art. 1.901**, disponiendo que existe error en el pago cuando se entrega cosa que no se debe, es exponente de una constante de nuestro Código que mantiene un criterio restrictivo respecto a la «liberalidad» como causa de atribución patrimonial.

i) Y el **art. 38 de la Ley Hipotecaria**, pilar de todo el Derecho hipotecario: en realidad, todo el Derecho hipotecario no es sino la creación de una realidad formal, que «se presume» coincidente con la realidad de los hechos, y sin la cual difícilmente podría ser operativo el sistema de transmisión de los derechos reales y el tráfico jurídico en general.

Otros ejemplos podrían aducirse, pero el intento no es de recopilar todas las normas de presunción contenidas en nuestras leyes, sino el de comprobar cómo las presunciones son un **recurso técnico** nada desdeñable para la tarea legislativa.

Mención especial supone un fenómeno curioso que se detecta al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que no veo

(50) «Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito».

(51) «También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

ni siquiera reseñada por ningún autor. Se trata de la objetivación de determinadas presunciones judiciales que, sin ser, por lo tanto, legales, cumplen una función de la máxima trascendencia en el ámbito extraprocésal, cambiando e incluso invirtiendo el signo de alguna institución jurídica material, sin necesidad de una reforma legislativa. No se trata de una determinada interpretación de la ley, sino de la creación, «ex novo», de una auténtica presunción que, a fuerza de practicarse por los Tribunales de instancia y por el Tribunal Supremo, se ha objetivado y generalizado su uso.

El supuesto más claro es el de la «**presunción de culpa**» en la responsabilidad civil extracontractual. El fenómeno es bien conocido por cualquier jurista, pero merece la pena reflexionar una vez más sobre él.

El art. 1.902 del Código Civil recoge el principio de responsabilidad aquiliana o por culpa: requisitos o condiciones ineludibles para que naciese el derecho a la indemnización, eran que la víctima acreditase la existencia del daño, la culpa o negligencia por parte de su autor, y la relación de causalidad entre uno y otro extremo. Sin duda, este artículo constituyó durante largo tiempo un fuerte obstáculo para la recepción en nuestro Derecho de la responsabilidad por **riesgo** y de la responsabilidad objetiva: tales nuevas corrientes doctrinales chocaban frontalmente con nuestro tradicional principio de responsabilidad aquiliana o por culpa. La evolución llegó de manos de nuestra jurisprudencia, la cual, en un proceso lento y progresivo, consolidó la presunción judicial de la culpa del autor: si hay daño, es porque ha existido culpa por parte del autor, y a éste le corresponde la prueba vehemente de su diligencia. De este modo, se produce una inversión de la carga de la prueba de la culpa mediante una presunción judicial generalizada u objetivizada, que repercutirá de forma decisiva en la configuración de la responsabilidad extracontractual.

Nos describe perfectamente este proceso la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1983, en su cuarto considerando:

«Para exonerarse de la obligación de reparar, el autor de los daños es quien, por inversión de la carga de la prueba, debe acreditar que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y con la diligencia precisas para evitarlos; lo que halla su fundamento en la recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro, que excusa, hasta cierto punto, el

factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual: que la culpa del agente **se presume «iuris tantum»** y hasta tanto el autor no demuestre que obró en el ejercicio de actos lícitos, con toda prudencia y diligencia para evitarlos».

Son, pues, las presunciones, además de todo lo dicho, un útil instrumento de técnica jurídica para el progreso y **evolución de la ciencia del Derecho**, y para la recepción, por parte del ordenamiento, de las nuevas tendencias científicas y doctrinales, sin la necesidad de constantes reformas legislativas, fenómeno éste especialmente acusado en un tiempo en el que, quiérase o no, ha de afirmarse la supremacía de los **hechos**, por encima de los **conceptos**, en el mundo del Derecho.

VI.—MAXIMAS DE LA EXPERIENCIA.

No es posible un estudio completo de la presunción si no se hace referencia a las máximas de la experiencia, como eslabón estructural que une el hecho indicio con el hecho presunto. La máxima de la experiencia es, de ordinario, el soporte de la deducción lógica en que consiste la presunción —especialmente, como ya vimos, la presunción judicial—. Está íntimamente relacionada con nuestra ya conocida «teoría de la normalidad», tantas veces citada a lo largo de este trabajo, en el sentido de que la experiencia es, según palabras de Serra, «el cúmulo de conocimientos adquiridos por la observación o repetición de un cierto número de fenómenos que producen en la mayoría de los casos unos determinados efectos» (52).

Stein nos define las máximas de la experiencia con un cierto carácter de objetividad: son, para él, definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales adquieren valor para otros casos (53).

Según que dichas reglas de la experiencia sean determinadas y hechas valer por el legislador o por el juzgador, nos encontraremos ante la presunción legal o judicial, respectivamente. En el primer caso, «permanecen en el supuesto de hecho de la norma el indicio y el hecho presunto, y desaparecen o pierden relevancia las máximas de la experiencia que han servido para deducir la relación entre ambos hechos, y el juicio formulado en base a ella. La máxima de la experiencia queda, así, embebida en la norma legal» (54). Por el contrario, en las presunciones judiciales dichas máximas de la experiencia o «reglas del criterio humano», pasan a ocupar un primer plano. En ellas lo que importa es la experiencia personal del Juez, si bien éste ha de someterse, en todo caso, a las reglas de la lógica.

(52) Opus citatis.

(53) Cfr. su conocida obra, imprescindible para el estudio de las máximas de la experiencia, «El conocimiento privado del Juez», trad. y notas de Andrés de la Oliva. Pamplona, 1973, en la pag. 30.

(54) Carreras, op. cit. pgfo. n.º 11.

En línea concordante con todo lo anterior, el Tribunal Supremo define las máximas de la experiencia, o reglas del criterio humano, como «la conexión y congruencia entre ambos hechos —indicio y presunto—, de suerte que la realidad del uno conduzca al conocimiento del otro, por ser la relación entre ellos concordante y no poder aplicarse a varias circunstancias» (55).

En ocasiones no es la experiencia personal del juzgador la determinante de la relación entre el indicio y el hecho presunto, sino que se trata de una «**experiencia técnica**», aportada por peritos a los que el propio Juez ha consultado, sin que deba confundirse la máxima de experiencia técnica con la prueba pericial, obviamente.

Lo que no hay que perder de vista, en ningún caso, es la **relatividad** de dichas máximas de la experiencia. Relatividad debida a la subjetividad de la experiencia, e incluso relatividad temporal y espacial, pues «lo normal» en un determinado lugar y momento histórico puede devenir «anormal» con el transcurso del tiempo o en otro lugar. Esta relatividad dificulta, ciertamente, un tratamiento sistemático de dichas máximas de la experiencia, y una sistematización y reordenación de las mismas, con lo cual la discrecionalidad del Juez pasa un primerísimo plano.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo reflejan esta idea de relatividad. Así, la sentencia de 14 de noviembre de 1978 dice que «las reglas del criterio humano no son normas positivas legislativamente fijadas, que puedan considerarse infringidas; y las consecuencias que el juzgador obtenga de determinados hechos inatcados, no son susceptibles de impugnación, con el simple alegato de conjeturas o deducciones que interesadamente exponga la parte recurrente». En el mismo sentido, la sentencia de 25 de noviembre del mismo año: «Es vario el criterio humano y no se halla sujeto a reglas fijas y predeterminadas, no valiendo oponer a los hechos establecidos por el juzgador el criterio particular de una de las partes cuando es racional la admisión de aquél, incluso cuando pudiera darse algún margen de duda».

(55) Sentencia de 25 febrero 1956.

En cuanto a la cuestión del **carácter fáctico o jurídico** de las máximas de experiencia, de gran importancia por sus repercusiones en cuanto al sistema de casación de las presunciones judiciales, hay diversidad de opiniones.

Para algunos autores, son de carácter fáctico, con lo que su censura en casación habría de ser muy limitada, a menos que se desnaturalizase la propia esencia del recurso de casación.

Para otros, tienen un carácter objetivo, no relacionado directamente con los hechos objeto del litigio. En tal caso, habría de tener amplias posibilidades de casación.

A nuestro juicio, no puede dudarse del carácter fáctico de las máximas de la experiencia, como tales; pero, debido a sus notas de objetividad y generalidad, también indudables, no puede dárseles el mismo tratamiento procesal que a los hechos concretos. En tal sentido, lo que sí parece claro, es que no es preceptiva su alegación. «Constituyen sólo la medida con la que el Juez debe juzgar lo aportado por las partes» (56). En cuanto a su control en casación, será preciso distinguir, en todo caso, entre las máximas de experiencia, y el enjuiciamiento en que consiste la presunción, que «nunca será cuestión de hecho», como afirma el Tribunal Supremo (57). Posteriormente, volveremos sobre esta materia.

Por último, no queremos dejar de ofrecer una muestra, por mínima que sea, de presunciones judiciales, debajo de las que puede verse latir una máxima de la experiencia:

—«No puede invocarse la declaración de quiebra a que el art. 878 del Código de Comercio se refiere, como presunción de que el quebrado no disfruta de los bienes embargados» (58).

—«El alta en la Contribución Industrial de una nueva persona presupone lógicamente la adquisición del negocio en la cual se dio baja al anterior titular, existiendo entre el hecho dado y el que se trata de deducir el enlace directo y preciso según las reglas del criterio humano, para considerar que ha existido subarriendo» (59).

(56) Stein, op. cit., pág. 127.

(57) Sentencia de 7 junio 1968.

(58) Sentencia de 20 mayo 1947.

(59) Sentencia de 18 abril 1950.

—«No es racional presumir en una industria la inexperiencia en asuntos de su profesión» (60).

—«Ni el cobrar el arrendador el precio debido mientras el arrendatario siga ocupando la finca, ni el mayor o menor tiempo transcurrido, si la acción se ejercita antes de transcurrir el plazo para su prescripción, autorizan la deducción de que se prestó el consentimiento a un traspaso ilegal» (61).

—«Quien tiene facultad representativa para un determinado acto y lo lleva a cabo, es debido precisamente a esa facultad representativa a tal fin conferida» (62).

—«La ocupación de una vivienda de protección oficial mediante el pago de 6.000 pesetas mensuales determina que el destino de la misma sea arrendaticio y no el de los demás atribuibles a dicha clase de vivienda» (63).

—«El conocimiento de la realización de obras en la vivienda o local arrendados no hace presumir el consentimiento para las mismas» (64).

—«El co-propietario o comunero actuante, gestiona autorizado por la comunidad» (65).

(60) Sentencia de 13 diciembre 1951.

(61) Sentencia de 20 enero 1956.

(62) Sentencia de 6 julio 1979.

(63) Sentencia 28 abril 1978.

(64) Reiteradísima jurisprudencia.

(65) Sentencia de 30 marzo 1982, Sala 4.ª, entre otras muchas.

VII.—TRATAMIENTO PROCESAL.

Dos cuestiones nos proponemos estudiar en este epígrafe. Primero, el juego de las presunciones a lo largo de las distintas fases del proceso. Segundo, el control en casación de las presunciones legales y judiciales.

1.—Dinámica procesal de la presunción.

Si bien la presunción la realiza el Juez en un solo momento del juicio, puede decirse que dicha presunción, o sus presupuestos, se van forjando, aunque sea idealmente a lo largo de todo el proceso.

A) *Fase alegatoria.*

En virtud del principio de aportación de parte y de congruencia (66), el Tribunal desconocerá todos los hechos que no le hayan sido aportados, y si funda su fallo en uno de ellos incurrirá en incongruencia, o en un error en la apreciación de la prueba, según los casos. Pero dada la estructura compleja de la presunción, ¿cómo ha de aportarse ésta al proceso? ¿qué alegaciones son necesarias? ¿qué afirmaciones procesales son precisas para que sobre ellas se levante la afirmación judicial en que consiste la presunción?

Analizaremos distintos supuestos:

1.º No se alega ni el hecho presunto ni el hecho indicio: en tal caso, evidentemente, la presunción no podrá practicarse.

2.º Se alega el hecho indicio, pero no el hecho presunto. El Juez no puede, de oficio, fijar formalmente un hecho relevante jurídicamente que no haya sido alegado por las partes. Pasar del hecho indicio al hecho presunto no alegado sería tanto como plantear una nueva cuestión jurídica no discutida por las partes, sin que pueda, pues, jugar automáticamente la presunción cuando sólo quede acreditado el hecho base. Admitir lo contrario supondría, además, indefensión para el perjudicado por la presunción,

(66) Cuyo fundamento lo refiere Stein a la «imposibilidad psicológica de enjuiciar imparcialmente la propia testificación», ya que «al testificar, se toma partido inconscientemente» (vid. op. citatis, págs. 4 y 5).

dado que no habría tenido oportunidad de realizar la prueba en contrario.

De esta opinión se muestra Hedemann, quien afirma que «la carga de la afirmación no es anulada por la existencia de una presunción» (67). Rosenberg, por el contrario, disiente de esta doctrina, mayoritaria, al entender que, si se trata de una presunción legal «debe ser suficiente para que la parte favorecida por la presunción sólo afirme el estado de cosas correspondiente a la presunción: no necesita afirmar el mismo hecho presunto» (68). La razón la halla en que «el Juez debe aplicar las normas de presunción del mismo modo que cualquier otro precepto jurídico, una vez introducidos sus presupuestos en el proceso, y habiéndose ellos comprobado».

3.º Se alega el hecho presunto, pero no el hecho indicio. En tal caso no habría inconveniente para la efectividad de la presunción, puesto que el hecho del que habrá que derivarse la consecuencia jurídica declarada en la sentencia es el hecho presunto. No importa, pues, que el hecho indicio no se haya aportado en el período de alegaciones, puesto que es totalmente irrelevante para la producción de tal consecuencia; su labor es meramente procesal. En ese sentido se expresa Serra: «Alegada por las partes la afirmación que, a través de la prueba será presumida, no es menester la alegación de la afirmación base. Tal afirmación base es irrelevante en el proceso y sólo tiene sustantividad en relación a la afirmación que de ella pueda presumirse. El juzgador deberá admitir la prueba de tal afirmación aun cuando no haya sido alegada, pues si bien la afirmación en sí no es relevante, sí lo es la prueba de la misma, por las afirmaciones que el juzgador podrá extraer». «La afirmación base actúa únicamente en el período probatorio; su labor en el período inicial de alegaciones, y en el de conclusiones, es totalmente nula» (69).

Concluyendo, según este mismo autor, «únicamente es necesaria la alegación de la afirmación presumida. La alegación de la afirmación base será conveniente, pero nunca necesaria. Por

(67) Op. cit., pág. 299.

(68) Op. cit., pág. 195.

(69) Op. cit., pág. 150.

otra parte la única alegación de la afirmación base no puede servir nunca para suplir la falta de alegación de la afirmación presumida».

4.º Por último, ¿es precisa la invocación de la norma de presunción en las presunciones legales? Los autores constatan que en este punto, si duda, rige el principio «iura novit curia».

B) *Fase probatoria.*

Reiteradamente, el Tribunal Supremo afirma que los presupuestos necesarios para la efectividad de la presunción son los siguientes:

a) Que el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado (art. 1.249 del Código Civil).

b) Que el hecho que trata de deducirse sea incierto.

c) Que entre uno y otro haya un enlace causal y lógico (70).

A la vista de ello, la actividad probatoria de las partes, en orden al juego de la presunción, será la siguiente:

1.º **La parte favorecida por la presunción** deberá tan solo probar fehacientemente el hecho indicio, para que éste quede «completamente acreditado». Si se ha acreditado por la otra parte, aprovecha esta certidumbre a la parte favorecida por la presunción, en virtud del principio de adquisición procesal.

Según un viejo aforismo —«praesumptio de praesumptiones non admittitur»—, el hecho indicio no podía a su vez acreditarse por medio de otra presunción. No se admitía la «concatenación de presunciones» o «presunciones de segundo grado». Dicho aforismo, en nuestra opinión, responde a una cierta desconfianza hacia la institución de las presunciones, y por ello lo consideramos falto de fundamento, al menos si se entiende de una forma absoluta y apriorística. La presunción fija formalmente los hechos con la misma fuerza que cualquier medio probatorio.

2.º **La parte perjudicada por la presunción** puede enervar su juego de dos maneras:

(70) Este tercer requisito sólo es exigible para las presunciones judiciales, puesto que en la legales ya está establecido previamente.

—Mediante una contraprueba del hecho indicio, dejándolo en estado de incertidumbre para que no pueda servir de base a la presunción.

—Mediante una prueba plena en contrario del hecho presunto, con lo cual éste deja de ser incierto, acreditándose fehacientemente su inexistencia.

En relación con este tema, Serra afirma que «si puede decirse que la norma de presunción facilita al por ella favorecido la prueba positiva de una afirmación, también facilita al contrario medios suficientes para intentar que tal prueba no se obtenga. La balanza se desequilibra ligeramente en favor del que alega la norma de presunción, sólo por el hecho de que puede obtener de dos formas distintas la prueba positiva de su afirmación, mientras que el contrario sólo puede obtener por un único camino su prueba negativa, aun cuando le quede la posibilidad, que en cierto modo es suficiente para restablecer el equilibrio, de impedir por medio de la contraprueba que se produzca la prueba positiva de la afirmación» (71).

C) *Fase decisoria.*

La presunción tiene carácter eminentemente probatorio, en el sentido de que sirve como presupuesto para el juicio de hecho, es decir, para la determinación del presupuesto fáctico de la sentencia, con lo que su incidencia en la misma es notoria.

La sentencia está constituida por un juicio de hecho, un juicio de derecho, y un fallo. Pero tales elementos no son independientes entre sí, sino que se hallan entrelazados, de tal manera que las presunciones, configurando el juicio de hecho, inciden de forma indirecta en el juicio de derecho y, por supuesto, en el fallo.

D) *Las presunciones en segunda instancia.*

Como es sabido, la segunda instancia es un nuevo juicio sobre el material (pretensiones y pruebas practicadas) aportado al proceso en la primera instancia. Consecuencia de ello es que serán impugnables en segunda instancia tanto las presunciones legales aplicadas, como las judiciales deducidas y, de igual modo,

(71) Op. cit., pág. 157.

habrá apelación cuando se entienda que no se aplicó o dedujo una presunción procedente.

Una única limitación: en segunda instancia no pueden aportarse nuevos hechos que pudieran servir de indicio para una presunción legal o judicial, si no es en los supuestos excepcionales de los artículos 862 y 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.—Control de las presunciones en casación.

La simplificación de los motivos de casación llevada a cabo por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos facilitará, sin duda la tarea de determinar qué vías de control quedan abiertas en casación respecto de las presunciones, y el encuadramiento concreto de cada supuesto en uno de tales motivos de casación.

Diverso es el tratamiento de ambos tipos de presunciones en el recurso de casación, por lo que procede analizarlos por separado.

A) *Presunciones legales.*

a) Si el Tribunal de instancia ha estimado la presunción, puede impugnarse en casación por inexistencia real del hecho indicio, a través del n.º 4 del art. 1.692 reformado («error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contrarios por otros elementos probatorios»).

b) Si el mismo Tribunal estimó inexistente la presunción a pesar de haberse probado el hecho en que el litigante fundaba su procedencia, dicho litigante puede recurrir en casación por infracción de la norma que establecía la presunción legal, mediante la vía del n.º 5 del art. 1.692 («infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate»). No se olvide que en las presunciones legales el legislador no permite ni aconseja, sino que **ordena** al Juez a realizar la presunción cuando el indicio quede acreditado.

B) *Presunciones judiciales.*

Se parte, respecto de este grupo de presunciones, de un principio básico: su estimación compete y está atribuida al Tribunal

de instancia. No obstante, procederá recurso de casación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el hecho que haya servido de indicio no hubiere quedado regularmente acreditado, y aun así el Tribunal de instancia hubiese deducido la presunción. Este supuesto encaja en el apartado cuarto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) En cuanto al juicio que suponen las presunciones, «no están excluidos del control del Tribunal Supremo, quien podrá revisarlo en los casos en que las consecuencias que se obtengan por ese medio sean absurdas, ilógicas o inverosímiles, o que el enlace entre el hecho demostrado y el deducido no sea preciso y directo» (72). En tales casos, se ha discutido abundantemente sobre qué cauce o motivo de casación concreto era el adecuado, debido a la poco clara distinción que el anterior artículo 1.692 establecía entre el error de hecho y el error de derecho en la apreciación de la prueba, distinción que ha quedado felizmente eliminada por la reforma citada. Aún así, la cuestión no queda del todo zanjada, puesto que algunos autores (73) y alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo proponían la vía del antiguo n.º 1 del art. 1.692, por «aplicación indebida del art. 1.253 del Código Civil o de la doctrina legal que interpreta dicho precepto», como si dicho artículo se tratase de una norma sustantiva. De seguir este mismo criterio, habríamos de reconducir los supuestos citados por el actual n.º 5 del art. 1.692. Considero, por mi parte, que aunque «no se trata propiamente de una cuestión de hecho», como afirma la sentencia de 12 de marzo de 1952, lo cierto es que estamos ante un problema probatorio, siendo por ello el adecuado, el cauce del n.º 4 del artículo mencionado.

c) ¿Qué ocurre en los supuestos en que el Juez no deduce una presunción que para una de las partes sería procedente? No hay unanimidad doctrinal al respecto. Algún autor recuerda que el art. 1.253 del Código no ordena al Juez establecer la presunción, sino que tan solo se lo permite. En esta línea se manifiesta la sentencia de 25 de marzo de 1960, diciendo que «la prueba de presunciones sólo es utilizable cuando el juzgador **lo estime ne-**

(72) Sentencia de 30 septiembre 1982.

(73) Vid. Carreras, op. cit., n.º 20.

cesario para la investigación del hecho decisivo en el litigio, y habiéndose de ajustar a las reglas que la prescriban, de premisa cierta y lógico raciocinio deductivo, lo que revela que los arts. 1.249 y 1.253 no han podido infringirse en el concepto de inaplicación».

Carreras (74), por el contrario, entiende que si se considera que la censura casacional no se refiere a la presunción como resultado, sino al juicio mismo, sea positivo o negativo, habría de permitirse entonces tal censura también en este caso.

En nuestra opinión, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1.º La censura en casación de las presunciones judiciales debe ser mínima, en protección de la libre discrecionalidad del Juez de instancia en su aplicación. Abonan esta tesis numerosas sentencias del Tribunal Supremo, de entre las que podemos citar las de 3 de octubre de 1979, y la de 29 de septiembre de 1956. Conforme a la primera, «la existencia o inexistencia del enlace preciso y directo sobre el hecho demostrado y el que se pretende deducir a través de las presunciones, viene encomendada a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, sin que la conclusión obtenida sea censurable en casación, salvo que **manifiestamente** resulte ilógica, absurda o inverosímil». La segunda hace constar que «dado el carácter personal o subjetivo de la prueba de presunción judicial, sólo es dable, para combatirla en casación, por la irrealidad del hecho base y antecedente, o por falta de lógica en el juicio por el que se llega al hecho consecuente, no siendo atendible para desvirtuar el primer supuesto más que documentos auténticos o hechos notorios que pongan de relieve de inexistencia del hecho matriz, o que el raciocinio adolezca de vicio que a simple vista destaque su error para comprender lo absurdo o ilógico del hecho deducido, en desacuerdo evidente con el exponente, **pues de lo contrario se llegaría a privar al juzgador de la soberanía en orden a la apreciación de la prueba**, reemplazando su criterio por el que se pretenda imponer». La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1985 declara una vez más, en un caso de responsabilidad civil extracontractual, que aquel que demanda debe acreditar cumplidamente la causación del daño mediante un acto del demandado, lo que, en virtud de lo previsto

(74) Op. cit., pgfo. n.º 20.

en el art. 24 de la Constitución Española que proclama el derecho a la prueba, puede llevarse a cabo a través de cualquiera de los medios que la Ley Procesal Civil establece, entre los cuales figura el de las presunciones; y que la presunción es una función encomendada al Tribunal de instancia que debe ser respetada en casación, salvo los casos en los que procede ser calificada de ilógica, irracional o absurda; y que para que resulte admisible el recurso de casación por infracción de la presunción de inocencia, ha de fundamentarse mediante la referencia a actos concretos que otorguen verosimilitud a la explicación de que una decisión judicial se ha producido sin apoyo de prueba alguna, pues es esto, y no el modo en que ha sido valorada, lo que con el recurso de casación se puede tratar de conseguir. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 26 de julio de 1982.

2.º Si se trata de una de las presunciones jurisprudencialmente objetivizadas y consolidadas, a las que anteriormente nos hemos referido, han de asimilarse, a los efectos del recurso de casación, a las presunciones legales, dado que el n.º 5 del art. 1.692 habla de «normas del ordenamiento jurídico o **de la jurisprudencia**».

VIII.—CONCLUSIONES.

La primera conclusión a la que fácilmente puede llegarse después de esta navegación por el proceloso mar de las presunciones, es la necesidad de una reelaboración técnica de dicha institución, tarea, a mi juicio, urgente, dada la cantidad de problemas que están sin resolver, y dado el desacierto de nuestros legisladores, que acuden al término «presunción» las más de las veces impropriamente. Si no se quiere dar por perdida esta utilísima técnica jurídica, sería necesaria una clara y terminante formulación de su concepto, su estructura y su tratamiento procesal, dando respuesta a todos los problemas que aquí únicamente han quedado planteados. Poner de manifiesto esta necesidad teórico-práctica, hubiera sido el mayor logro del estudio realizado.

En aras de una mayor concreción enumeraré, no obstante, alguno de los puntos desarrollados en el mismo, que considero de mayor interés:

1.º No es defendible la naturaleza de «presunción» de las secularmente denominadas «presunciones iuris et de iure» ya que, al no admitir la posibilidad de una prueba contraria desvirtuadora, **desplazan** el supuesto de hecho presumido por el que le sirve de base para la presunción, de tal modo que sustituyen la realidad objetiva por la arbitrariamente elegida; lo cual, por otra parte, puede no ser censurable desde un punto de vista de política legislativa.

2.º Resulta posible el encuadramiento de las presunciones legales y las judiciales en una categoría uniforme, así como su tratamiento unitario, pudiéndose decir, incluso, que no son tan tajantes ni insalvables las diferencias que tradicionalmente se han señalado entre ambas.

3.º El fundamento de las presunciones (si no de cada una de ellas, sí de la institución como tal) es lo que hemos denominado la «teoría de la normalidad», que no consiste sino en el trasplante al mundo del Derecho de la «teoría de la causalidad» de las ciencias físicas, y que entraña una alusión a la «probabilidad» como razón o justificación del enlace entre hecho indicio y presunto. Debe advertirse, asimismo, la importancia que adquiere en el campo jurídico la «excepción» a la regla de la normalidad, cuyo reflejo estructural es la probabilidad de prueba en contrario que desvirtúa la presunción.

4.º En cuanto a la naturaleza jurídica, hemos podido identificar las presunciones judiciales como medios probatorios indirectos, según la acepción comúnmente aceptada de este término. No así las presunciones legales, que no deben equipararse a los medios de prueba ni a las normas sobre valoración o carga de la prueba. Son, por lo tanto, una categoría jurídico-procesal y jurídico-material no subsumible en ninguna otra.

5.º Del análisis de la función que las presunciones cumplen tanto en el proceso como fuera de él, hemos podido deducir su enorme importancia como recurso técnico, tanto para el legislador (configurando relaciones jurídicas, dando operatividad a diversas instituciones jurídicas, y constituyendo en ocasiones los ejes de un ordenamiento jurídico en el que los hechos se van superponiendo a los conceptos), como para la Administración de Justicia (facilitando la tarea de fijación formal de los hechos en el proceso).

6.º Igualmente, del análisis de diversas normas de presunción, hemos podido constatar cómo constituyen los raíles por los que, con frecuencia, los principios generales del Derecho se insertan en el ordenamiento.

7.º No se nos puede escapar la importancia de ese fenómeno de objetivización y generalización de determinadas presunciones judiciales a través de su reiterado uso por los tribunales, y de su consolidación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dicho fenómeno equipara prácticamente tales presunciones judiciales a las legales por sus notas de generalidad e imperatividad, y les otorga una operatividad indudable como instrumento para el progreso y evolución del Derecho por vía judicial y jurisprudencial. De un extraordinario valor práctico sería, sin duda, una tarea de recopilación y estudio de tales presunciones especiales, así como de las máximas de la experiencia que las informan.

8.º Por último, hemos intentado ofrecer una visión práctica del tema, analizando el tratamiento de las presunciones a lo largo del proceso civil, desde la fase de alegaciones hasta el recurso de casación.

Con todo ello, insistimos, no hemos agotado el tema, sino, únicamente, hemos intentado replantearlo como una cuestión abierta aún, y susceptible de cualquier estudio en profundidad que

recupere y consolide la virtualidad de las presunciones como valioso elemento de técnica legislativa y judicial.

Y concluyo aquí mi discurso, para alivio de este sufrido auditorio, agradeciendo vuestra presencia, y la atención que habeis dispensado a su lectura.

He dicho.

BIBLIOGRAFIA BASICA

- ANDRIOLI. «Prova», en «Novissimo Digesto Italiano», Vol. XIV, págs. 470 y ss.
- BONNIER. «Tratado teórico y práctico de las pruebas en materia civil y penal». Madrid, 1869.
- CARNELUTTI. «La prueba civil», trad. de Niceto Alcalá-Zamora. Buenos Aires, 1955.
- CARRERAS, J. «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», en FENECH-CARRERAS, «Estudios de Derecho Procesal». Barcelona, 1962, págs. 337 y ss.
- CONIGLIO. «La presunzione nel processo civile». Roma, 1928.
- DECOTTIGNIES, R. «Les présomptions en Droit Privé». París, 1950.
- DENTI. «L'evoluzione del diritto delle prove nel processo civile contemporaneo», en «Processo civile e giustizia sociale». Milano, 1971.
- GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA. «Derecho Procesal Civil», 8.ª ed. Madrid, 1976.
- GUASP. «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil». Madrid, 1945.
- HEDEMAN, J. W. «Las presunciones en el Derecho», trad. y notas de Sancho Seral, L. Madrid, 1931.
- JIMENEZ CONDE. «La apreciación de la prueba legal y su impugnación». Salamanca, 1978.
- LESSONA. «Teoría general de la prueba en Derecho Civil», trad. Aguilera de Paz. Madrid, 1942.
- PRIETO CASTRO. «Manual de Derecho Procesal Civil». Madrid, 1959.
- REDENTI. «Diritto Processuale Civile». Milano, 1953.
- ROSEMBERG. «La carga de la prueba», trad. Krotoschin. Buenos Aires, 1956.
- SERRA DOMINGUEZ. «Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamiento Urbanos». Barcelona, 1963.
- STEIN, F. «El conocimiento privado del Juez», trad. y notas de De la Oliva Santos. Pamplona, 1973.

II

C O N T E S T A C I O N

DEL ILTMO. SEÑOR

DON ARSENIO CRISTOBAL Y FERNANDEZ-PORTAL

Por encargo de esta Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, me incumbe hoy contestar al magnífico discurso cuya lectura acabamos de oír, y en consecuencia referirme ante todo a la personalidad de su autor, y posteriormente al contenido de dicho discurso.

Sólo esa encomienda me justifica para una contestación concebida en tales términos, pues la personalidad de don José Manuel Liaño Flores es tan conocida que, en otro caso, sería notoriamente impertinente el que yo me permitiese referirme a la misma.

Ha pronunciado hoy su discurso de ingreso en esta Institución el Sr. Liaño Flores, lo cual no quiere decir que sea Académico desde este momento, pues lo es plenamente por formar parte de aquélla desde el momento fundacional.

Don José Manuel Liaño Flores nació en Monforte de Lemos (Lugo) el día 15 de noviembre de 1921; llega a La Coruña en su infancia, y aquí hace sus estudios primarios y medios.

Finaliza el Bachillerato en el año de 1939, y seguidamente cursa la carrera de Derecho en la Universidad compostelana, donde se licencia con veinte años de edad, en el curso 1941-1942. En la Universidad Central hace los cursos del Doctorado.

Finalizada así su etapa universitaria, desde entonces su actividad en todos los ámbitos de lo jurídico, puede calificarse de singular, puesto que ninguno de ellos, desde ninguna de sus facetas, le es ajeno.

Queremos destacar, sin embargo, como más acusada vocacionalmente, su actividad como Abogado, que es a la que ha dedicado la mayor parte de su tiempo, desde que se incorporó al Ilustre Colegio de esta capital en el año 1945.

Desde entonces, y con breves paréntesis que señalaremos, esa ha sido su profesión, centro fundamental de sus afanes.

El primero de esos paréntesis se produce entre los años 1946 y 1951, cuando, tras ingresar por oposición en la carrera judicial, permanece en ella, hasta causar baja por excedencia voluntaria.

A partir de 1951 ejerce en realidad ininterrumpidamente la profesión libre de Abogado, con incorporación también a los Ilustres Colegios de Madrid, Orense, Pontevedra, Santiago, Ferrol, Segovia y Vitoria.

Fue Letrado Mayor del Cuerpo Técnico de Letrados Sindicales por oposición, desempeñando la jefatura de la Asesoría Jurídica de La Coruña y posteriormente de la AISS, hasta 1978, salvo el breve intervalo en que ejerció en Orense el cargo de Delegado Provincial de Sindicatos.

Fue Asesor Jurídico de la Cámara Oficial Provincial Agraria de La Coruña durante quince años.

Es miembro de las Asociaciones de Derecho del Trabajo y de Derecho Agrario desde el año 1953.

Ostenta la Cruz distinguida de primera clase de San Raimundo de Peñafort, la Encomienda de la Orden del Mérito Agrícola, la medalla de oro colectiva del Trabajo, como Letrado Sindical, y es también Procurador honorario por nombramiento del Ilustre Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España.

Publicó diferentes trabajos en revistas jurídicas y pronunció conferencias sobre variados temas, especialmente sindicales, laborales y agrarios.

Con todo esto que vamos diciendo, va quedando clara la polifacética personalidad de don José Manuel Liaño Flores como jurista que, siendo fundamentalmente Abogado libre, y habiendo de considerarse ésta su verdadera profesión, como tal jurista ha actuado también al servicio del Poder Judicial y de la Administración Pública.

Pero, por si todo esto fuese poco, el Sr. Liaño Flores ha desarrollado también una intensa actividad en un terreno tan próxi-

mo al del Derecho, tan íntimamente unido a él, como es el de la política.

Y así, fue Procurador en Cortes de representación familiar, elegido por la provincia de La Coruña, en las legislaturas de 1967 y 1971, formando parte de las Comisiones de Justicia y Gobernación, e interviniendo activamente en las mismas.

También don José Manuel Liaño Flores actuó destacadamente en la política, en el ámbito de las Corporaciones Locales.

Fue Concejal del Excmo. Ayuntamiento de esta ciudad en dos Corporaciones, por elección de los cabezas de familia, así como Diputado Provincial.

Y durante la etapa de la transición democrática, por elección entre los Concejales de esta capital, fue Alcalde de la misma.

Todo lo que llevamos dichos es más que suficiente, sin necesidad de comentarios, para que quede patente la rica personalidad jurídica del ilustre Abogado y Jurisconsulto, cuyo discurso acabamos de oír, y respecto de cuyo contenido nos vamos a permitir, cumpliendo también con las obligaciones que en este acto nos incumben, algunas observaciones.

Estamos ante un bien trabado y sistematizado trabajo, en el que se hacen resaltar los diversos aspectos de la problemática que rodea al tema de las presunciones.

Y esto de por sí implica ya una aportación importante.

Hace unos días, don Gonzalo Torrente Ballester, en el discurso que pronunció al recibir la investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Salamanca, decía entre otras cosas que «la gran sabiduría es precisamente un sistema de interrogaciones».

Creo que esta afirmación del eminente novelista, profesor, crítico y ensayista ferrolano viene al caso.

En el discurso que acabamos de oír, y en torno al tema de las presunciones en el Derecho Privado, se recogen ordenadamente un gran número de interrogantes, a los cuales, a mayor abundamiento, se ofrece una razonada respuesta.

Insisto, pues, en la importancia y acierto de este discurso, en que se plantea e intenta resolver, con amplitud, la problemática de las presunciones, tema antiguo, tradicional, básico, pero del cual el Sr. Liaño Flores ha sabido extraer nuevos brillos.

Me parece interesante la distinción que Liaño Flores establece entre presunciones de hechos y de derechos, para concluir que sólo son verdaderas presunciones las primeras; y ello sobre la base de que las presunciones de hechos son las que sirven para acreditar un hecho partiendo de otro, en tanto que las presunciones de derechos son aquellas que de una situación fáctica no deducen un hecho, sino que atribuyen un derecho.

Estimo que es también un acierto el que excluya de su estudio como verdaderas presunciones a las denominadas «iuris et de iure», normas imperativas que ligan, con carácter necesario y sin posibilidad de prueba en contrario, la realidad de un hecho demostrado con la de otro que la Ley obliga igualmente a tener por probado.

Para Liaño, las verdaderas presunciones son las «iuris tantum», las jurisprudenciales y las judiciales, separándose por cierto de la tesis común representada en nuestro Derecho por Castán (1).

El fundamento de las presunciones radica en efecto, como el Sr. Liaño Flores señala, en la probabilidad y en la certeza.

Podría ligarse este tema con el de la lógica jurídica, como fundamento de las presunciones; bien entendido que la lógica jurídica no es la pura lógica formal o conceptual, sino la lógica de lo razonable.

Esta unión de las presunciones con lo razonable y con lo probable, se aprecia ya en lo que sobre ellas se dice con carácter general en la inmortal obra del Rey Sabio.

En la Partida 3.^a, título XIV, Ley 8.^a, leemos:

«...et aun hi ha otra natura de prueba á que dicen presunción, que quiere tanto decir como grant sospecha, que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueba. Et com quier que el rey Salomon diese su juicio por sospecha tan solamente sobre la contienda que era entre la muger libre et la que era sierva en razón del fijo; pero en todo pleyto non debe seer cabida solamente prueba de señales et de sospecha, fueras ende en aquellas co-

(1) Como se sabe, para Castán (Derecho Civil Español, Común y Foral, 7.^a edición, tomo I, Madrid, 1949, págs. 814 y 816), sólo son verdadero medio de prueba las presunciones judiciales.

sas que mandan las leyes desde nuestro libro, porque las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad...»

La presunción puede considerarse, como así lo hizo Mucius Scaevola en sus Comentarios al Código Civil, como un silogismo en que la premisa mayor es una norma legal, una doctrina jurisprudencial o una norma de experiencia o científica (reglas del criterio humano); la premisa menor, el hecho probado base o indicio; y la conclusión o hecho deducido, el hecho presunto. Todo ello sobreentendiendo que, cuando se habla aquí de silogismo, no se hace en el sentido estricto de la lógica formal, sino en el dialéctico, por cuanto la premisa mayor puede ser algo meramente probable (2).

Precisamente por eso los tratadistas clásicos, e incluso alguno de los modernos, distinguen entre «presunciones vehementes o violentas», «probables o medianas», y «leves», según el mayor o menor grado de probabilidad de la deducción obtenida (3).

Estimamos acertado lo que el Sr. Liaño Flores expone sobre la naturaleza jurídica de las presunciones, a las que atribuye carácter complejo de institución que pertenece en parte al Derecho Civil y en parte al Derecho Procesal, y que no pueden ser consideradas en sentido estricto como un verdadero medio de prueba, estando sumamente ligadas con los problemas de valoración y carga de la prueba.

Por nuestra parte, observamos en la doctrina que estudia la prueba y las presunciones una evolución a lo largo de los tiempos, debida a la influencia del Código Civil francés (4).

Nuestros autores de la etapa precodificadora, y nos estamos refiriendo a la anterior a 1850, estudian invariablemente los me-

(2) Vid. Mucius Scaevola, «Código Civil comentado y concordado», tomo XX, Madrid, 1904, especialmente págs. 455 y 456.

(3) En ese sentido, con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Civil, las obras del Pavorde de la Catedral de Valencia, don Juan Sala (Ilustración del Derecho Real de España, tomo II, 2.ª edición, Madrid, 1820, pág. 212), Ortiz de Zúñiga (Elementos de Práctica Forense, Tomo I, 1841), los señores Gómez de la Serna y Montalbán (Tratado académico-forense de procedimientos judiciales, tomo I, Madrid, 1848, pág. 301) y don Florencio García Goyena (vid. comentario al art. 1.225 del Proyecto de Código Civil de 1851, en la obra «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español», reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pág. 656). Modernamente, esa división de las presunciones se mantienen en el Derecho Procesal Civil de don Rafael de Pina (Madrid, 1936, pág. 217).

(4) Sobre este particular, véase lo que dice Gómez Orbaneja (Derecho Procesal, tomo I, Madrid, 1955, págs. 278 y 279).

dios de prueba y las presunciones como institución perteneciente al Derecho Procesal (5).

Pero se observa un cambio a partir de mediados del pasado siglo.

El Proyecto de Código Civil de 1851, habla de los medios de prueba de las obligaciones, y entre ellos de las presunciones, siguiendo el Código Napoleónico, que viene a considerar civil el Derecho probatorio en sentido material (6).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, no menciona las presunciones para nada, como no lo hace tampoco la vigente (7).

Y de las presunciones vuelve a hablarse en el Código Civil que rige nuestro Derecho común desde el año 1889, como de las normas probatorias materiales, dejando sólo el aspecto formal o procedimental a la Ley de Enjuiciamiento.

Todo esto ha tenido su reflejo en la doctrina, pues al menos en un primer momento, los tratadistas de Derecho Civil y de Derecho Procesal se atienen en sus obras al contenido de las Leyes básica que son objeto de las mismas, de tal modo que los procesalistas tienden en principio a hablar de las presunciones solo tangencialmente, en tanto que los civilistas las estudian con mayor detenimiento.

Sin embargo, en estos últimos años, parece que las cosas se van decantando en el mismo sentido en que lo hacían en la etapa precodificadora.

Los tratadistas de Derecho Civil abandonan o soslayan los temas de la prueba en general, y de las presunciones en particular

(5) Vid. las obras anteriores a 1850 citadas en la nota (3) y además las de Dr. Alonso de Villadiego («Instrucción política y Práctica judicial, conforme la estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de esta Corte y otros ordinarios del Reino», nuevamente corregida y enmendada, Madrid, 1776), Hevia Bolaños («Curia Filípica», ed. Madrid, 1776), los señores Asso y de Manuel (Instituciones de Derecho Civil de Castilla, 5.ª edición, Madrid, 1792), Febrero y sus continuadores, y Gómez y Negro (Elementos de Práctica forense, 2.ª edición, Valladolid, 1827). Téngase en cuenta que tanto los señores Asso y de Manuel, como el Pavorde Sala, estudian no sólo el Derecho Civil, sino también el procesal y, dentro de éste, todo lo referente a la prueba, incluso las presunciones.

(6) A la prueba de las obligaciones dedicaba el Proyecto de Código Civil de 1851 sus arts. 1.196 a 1.234, y concretamente a las presunciones los arts. 1.225 a 1.227.

(7) Curiosamente, don Pedro Gómez de la Serna, en sus «Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento» (Madrid, 1857), preparados para preceder a la Ley de 1855, y que no alcanzaron valor oficial, no da explicación alguna sobre la circunstancia de no regularse las presunciones en dicha Ley, sin duda visto que el Proyecto de Código Civil de 1851 sí lo hacía.

(8); en tanto que los procesalistas incorporan a sus obras el estudio de la prueba en sus más amplios términos, y cada vez dedican más atención al tema de las presunciones (9).

Parece pues que, en la actualidad, prepondera la tesis de que las presunciones son una institución de Derecho Procesal, bien que no pueda considerárselas estrictamente como medio de prueba, puesto que no son objeto de proposición y práctica expresa, pues lo que hay que probar por los medios que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece es el hecho básico o indicio que ha de servir de premisa menor para llegar a considerar probado el hecho deducido o presunto.

De todas formas, nos parece importante subrayar que el Derecho Procesal sólo puede estudiar las normas generales sobre presunciones; pero al Derecho Civil incumbe, en relación con cada institución, el estudio de las concretas presunciones legales, jurisprudenciales o judiciales aplicables, en su caso.

Atinadas son también las consideraciones que Liaño Flores hace sobre la función procesal y extraprocesal de las presunciones, cuestión íntimamente ligada con la de su fundamento.

Y es que en efecto, en nuestra modesta opinión, y siguiendo lo que se insinúa en el discurso a que nos estamos refiriendo, la función y fundamento de las presunciones radica en su necesidad, pues si no se admitiesen habría una serie de hechos de trascendencia jurídica cuya prueba sería prácticamente imposible.

Sólo gracias a las presunciones pueden probarse hechos que escapan a toda posibilidad de ser acreditados a través de los medios de prueba directos regulados por la Ley (simulación, subarriendo, etc.).

-
- (8) Esto se comprueba por la lectura de las obras de don Felipe Clemente de Diego (Instituciones de Derecho Civil Español, Madrid, 1923-1927), Puig Peña (Tratado de Derecho Civil Español, Madrid, 1947), Puig Brutau (Fundamentos de Derecho Civil, Barcelona, 1953), Espin Cánovas (Manual de Derecho Civil Español, Madrid, «Premio Jerónimo González 1957»), Díez-Picazo y Gullón (Sistema de Derecho Civil), Cossio (Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1975), Albadalejo (Curso de Derecho Civil), Lacruz Berdejo (Elementos de Derecho Civil, Barcelona, 1977 en adelante), etc.
- (9) Vid. Fábrega y Cortés (Lecciones de Procedimientos Judiciales y Lecciones de Práctica Forense, Barcelona, 1921), Pina (Manual de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1936), Prieto Castro (Derecho Procesal Civil, Zaragoza, 1946 y obras posteriores), Gómez Orbaneja y Herce Quemada (Derecho Procesal, tomo I, Madrid, 1955), Guasp (Derecho Procesal Civil, Madrid, 1956), Ramos Méndez («Derecho Procesal, Guía para el estudio y el trabajo científico y profesional», Barcelona, 1978 y Derecho Procesal Civil, Barcelona, 1980), Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández (Lecciones de Derecho Procesal, 3.ª Edición, Barcelona, 1986), Valentín Cortés (en el Derecho Procesal Civil de Almagro Nosete y otros, en curso de publicación), etc.

Altamente interesante, dentro del discurso del Sr. Liaño Flores es todo lo relativo al tratamiento procesal de las presunciones, en las distintas fases del juicio y de los recursos de apelación y casación.

No se hace con frecuencia hincapié en cuál ha de ser el tratamiento procesal de la presunción en la fase alegatoria, extremo al que dedica certera atención nuestro compañero.

En la fase alegatoria es totalmente necesario afirmar la realidad del hecho presunto; no basta en esa fase con afirmar los indicios o hechos base, por cuanto es preciso que el hecho presunto sea objeto directo de debate, para que pueda ser «thema decidendi».

Finalmente, con concisión, recoge el Sr. Liaño Flores el contenido de su discurso en unas conclusiones en que el mismo queda resumido en sus líneas esenciales.

Y con esto estamos terminando también nuestra intervención en este acto.

No procede que demos la bienvenida a don José Manuel Liaño Flores, porque está con nosotros desde hace ya más de veinte años.

Procede, sí, reiterarle el testimonio de nuestro afecto y consideración, felicitarle por su brillante y atinado trabajo, y agradecerlo por el enriquecimiento que supone de ese «corpus» que van integrando los discursos pronunciados hasta el momento y los que se leerán en el futuro.