

Puntos de vista en torno al proceso civil español (*)

VICTOR FAIREN GUILLEN
Catedrático de la Universidad de Santiago

La base histórica más importante de la actual legislación procesal española nos la suministra la obra del Rey castellano Alfonso X el Sabio, llamada Código de las siete Partidas (1), instrumento el más poderoso de la recepción romano-canónica en nuestro país. El prestigio de este monumento histórico y de los que, contruidos sobre la misma base le siguen cronológicamente, fué y es tan grande, que ahogó todo intento de suponer aplicable a otra legislación, como la hispano-visigótica del Fuero Juzgo (2). Y es de notar la posibilidad de que el derecho procesal español hubiera evolucionado con otro rumbo diferente de haber predominado durante la Alta y Baja Edad Media los principios procesales fundamentales que en dicho Cuerpo legal campeaban.

También hay que tener en cuenta que el predominio del Derecho Común de las Partidas (3) y Cuerpos legales subsiguientes (4), se vió especialmente favorecido por un fenómeno de características políticas, desarrollado a partir del siglo xvi prácticamente

(*) Trabajo expuesto parcialmente como conferencia en las Universidades de Munich, Colonia y Bonn, en el mes de julio de 1950.

(1) El valor estrictamente legal de este Código, en las diversas épocas, es discutido; pero, no obstante, es patente el hecho de la poderosa influencia que ha ejercido, así como que, hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil, el Tribunal Supremo lo utilizaba para llenar lagunas legislativas, como fuente subsidiaria.

(2) El influjo del Derecho común fué tan intenso, que el Fuero Juzgo no fué tenido en cuenta por los autores de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805), a pesar de existir una Real Cédula de 15 de julio de 1788 que le daba preferencia sobre las Partidas. Razones de tradicionalismo inexplicable, de falta de capacidad valorativa y crítica de nuestra historia jurídica, de apego a la rutina (en el fondo, falta de escuelas de juristas realmente capacitados), hicieron que dicho Fuero Juzgo continuase siempre imposibilitado de aplicación. Cfr. sobre este interesantísimo punto VICENTE Y CARAVANTES: *La autoridad del Fuero Juzgo en el día*, en RGLJ, vol. LIV (1879), pág. 32 y sigs.

(3) Son muy numerosas las ediciones de *Las Partidas*. En especial, son interesantísimas, las comentadas por GREGORIO LÓPEZ desde el siglo xvi. Los comentarios están hechos al estilo de la época; son, a veces farragosos, pero muestran precioso material de referencias doctrinales y legislativas.

(4) En especial, la *Nueva Recopilación* (1567); los *Autos acordados* (continuación de la misma) y la *Novísima Recopilación* ya aludida

te, y que condujo a la subordinación de los Derechos forales de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya, Baleares, sucesivamente (5). Este fenómeno oscureció una parte de la doctrina y a la legislación procesal foral, que no por defectuosa—con parecidos defectos al derecho procesal de las Partidas—dejaba de presentar interés (6).

La tónica general de los estudios procesales en España desde la época de los juristas de Alfonso el Sabio (el Maestro Jacobo Ruiz, llamado «de las las leyes» el más conocido) (7), es, en sentido general, comparable a la de otros lugares de Europa. Nuestros Avendaño, Azevedo, Gómez (Antonio), López (Gregorio), Paz, Covarrubias de Leyva, Pérez, y los más destacados y conocidos Hevia de Bolaños, Alonso de Villadiego, Conde de la Cañada, etc., son, por sus obras, comparables a los Maranta, Juan de Arnono, Brant, Cagnoli, Curtio, Everts, Galganetti, Kahl, Pichardo, Speckan y otros juristas centroeuropeos. En sus obras, pesadas y de molesto manejo, como casi todas las de aquellos siglos, se puede leer algo de bueno, pero, como en las de los demás coetáneos respectivos de otros países, también puede leerse bastante de inútil, de confuso y de pernicioso (8).

Entre lo bueno puede verse, por vía de ejemplo, cómo los juristas españoles llegaban a interesantes conclusiones en materia

(5) Este fenómeno, que reviste enorme importancia en el ámbito del Derecho civil, ha atraído siempre de sobremanera la atención de los juristas españoles (y de los no juristas). Lo he tratado parcialmente en mis trabajos *El Derecho aragonés, desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código civil* (RDP, 1945, vol. XXIX); *Ensayo sobre la evolución del Derecho de Navarra desde la guerra de secesión al Código civil* (en RPV, 1945, vol. VI), y *El Fuero de Vizcaya en lo civil durante los siglos XVIII y XIX* (en RGLJ, 1946), en donde se puede encontrar la bibliografía pertinente.

(6) Aún existen algunas pequeñas especialidades procesales por causa de los diferentes regímenes civiles españoles; así lo es, en materia de Jurisdicción contenciosa, e interdicto de adquirir la posesión (procedimiento sumario) para los herederos, al final del usufructo de viudedad existente en Aragón; el aseguramiento preventivo de bienes muebles sujetos a la viudedad cuando los herederos no sean descendientes legítimos (también en Aragón); y en materia de Jurisdicción voluntaria, la adveración judicial del testamento otorgado ante el párroco (arts. 25, 74 y 69, respectivamente, del vigente Apéndice del Derecho Foral aragonés de 1926). Cfr. sobre ello mi trabajo *Para la investigación del Derecho Procesal vigente en Aragón*, en ADA, 1949, y RDPr., 1946 (vol. II).

(7) Son éstas, entre otras, las *Flores de Derecho* y el *Doctrinal* (transcripción y publicación por UREÑA y BONILLA: *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes*, Madrid, 1924).

Su posición, en muchos casos, es idéntica a la adoptada por otros juristas italianos y germánicos (por ejemplo, BASSIANUS en su *Summa quicunque vult*, y TENGLER en *Von manigerley besunderen Klagformen*). Cfr., en relación con esto, nuestra obra *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago, 1949, pág. 41 y sigs.

(8) No por quizás menos conocidos deja de haber en los países de Derecho Foral juristas que en toda época se preocupen del Derecho Procesal. Cfr., por ejemplo, en Aragón, FERRER, MIGUEL DEL MOLINO, PEDRO MOLINOS, CARRASCO, LA RIPA—estos tres últimos, puramente procesalistas—, BARDAXI, SESSE, MONSURIU, LISSA, FRANCO DE VILLALBA; en Cataluña, el famoso CANCELLER, etc.

de figuras que hoy suscitan tanto interés como la acción declarativa (Suárez, Covarrubias); las excepciones dilatorias (Hevia de Bolaños); los actos de renuncia al juicio (Alonso de Villadiego); los procesos sumarios (La Ripa, Sesse); como nuestro inolvidable Salgado de Somoza, en su famosísima obra *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* expone ideas y construcciones fundamentales en torno al proceso concursal, ideas que se han de considerar aún hoy en vigencia. Con orgullo releemos siempre las numerosas alusiones que a él se hacen por maestros de la talla de Kohler (en sus *Leitfaden des Konkursrechts*).

Puede verse también cómo los Reinos españoles de la Edad Media, caminaban en materia procesal casi a la par que los países italianos. El juicio ejecutivo aparecía tempranamente en España. Este problema aun no está totalmente aclarado, pero, desde luego, por parte de De Gregorio-Rocasolano y mía han sido desvirtuadas las bases legales de partida del alemán Briegleb para estudiar la aparición del juicio ejecutivo en España (9). De una parte, se ha puesto en claro que dicho juicio aparecía en Aragón al menos en 1361 (10); y en Castilla, con bastante anterioridad a 1396, fecha en que el rey don Enrique III dictara una famosa Ley para Sevilla, a petición de los Cónsules de los genoveses, ley que Briegleb (11), Prieto Castro (12) y Liebman (13) esuimaran como la que diera entrada a tal proceso sumario en nuestro país; pues según he podido descubrir en un hasta ahora ignorado manuscrito de la Biblioteca Nacional de Madrid, ya en 1360 el rey D. Pedro dictaba para la misma ciudad de Sevilla un completo e interesantísimo Ordenamiento Procesal (14), en cuya Ley catorce aparece con gran claridad el juicio ejecutivo (15).

Pero no en todo eran acertados nuestros juristas, siguiendo en sus defectos a nombres tan ilustres como Accursio, Alciato, Brant, etc.; el tradicionalismo jurídico que en materia procesal imperaba les hacía también, por ejemplo, fundar el proceso en

(9) En su obra *Geschichte des Executivprocesses*, Stuttgart, 1845.

(10) Cfr. DE GREGORIO-ROCASOLANO, *El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1949, en ADA y ed. sep. (Tesis doctoral, dirigida por el prof. PRIETO CASTRO).

(11) Cfr. ob. cit.

(12) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, vol. II, Zaragoza, 1946, pág. 180 y sigs.

(13) Cfr. LEEBMAN: *Sobre el juicio ejecutivo*, en *Estudios de Derecho procesal en honor de UGO ALSINA*, Buenos Aires, 1946, pág. 385 y sigs.; y *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, en *Studi in onore di EURICO RENDINI*, vol. I, Milano, 1950, pág. 605.

(14) Cfr. nuestro trabajo *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el Ordenamiento procesal sevillano de 1360* (Discurso de Ingreso en el Instituto Español de Derecho Procesal, y Comunicación remitida al III Congreso de Derecho Comparado de Londres, 1950, passim.).

(15) Solamente he estudiado este Ordenamiento desde el punto de vista del juicio ejecutivo; pero ofrece características interesantísimas en cuanto a otros aspectos.

la *litis contestatio*, cuando en realidad esta idea ya había decaído incluso en el Derecho Romano postclásico, y ya no podía ser base de nada por no responder a la situación política, social y jurídica de la época (16); en esto se llegaba al mismo extremo de confusionismo y falta de capacidad constructiva que los demás juristas coetáneos.

Así cuando en el Consulado del Mar (17), en el *Breve Pisani Communis* (de 1286) y en la Clementina *Saepe contingit* (1306) aparecen en el Derecho Mercantil y Canónico sendos procesos *planarios* acelerados (18) carentes de *litis contestatio*—porque ha pasado a ser una fórmula y actuación procesal dilatoria y sin sentido—, todos los juristas aplican su ingenio a la estrecha y nefasta labor—continuación de la labor «romántica» de los justinianos—de pretender que ya que no existe una verdadera *litis contestatio* en tales procesos, «se la ha de tener por concertada» en un momento procesal determinado (19).

Ligado con este error se cometía a la vez otro, cuyas consecuencias estimamos fueron muy graves. Aparecieron en España en la Baja Edad Media y principios de la moderna, procesos plenarios rápidos, derivados claramente del de la *Saepe contingit* y Estatutos italianos (20); pero nuestra doctrina, siguiendo en esto a los juristas italianos (21), los estimó como simplemente sumarios. Aunque su importancia y campo de aplicación crecía con el tiempo, la evolución del pensamiento procesal español, no se preocupaba excesivamente de ellos, sino que giraba en torno al proceso ordinario (actual juicio de mayor cuantía), menos funcional y cómodo que aquéllos, por estar basado en los puntos cardinales del procedimiento común (perdurando en él casi los mismos términos que en el *Stylus Curiae Romanae* y de la *Regensburger Termínsordnung*).

La consecuencia que aquí exponemos como hipótesis y que es objeto de estudio actual por parte de nuestra Cátedra (22), es que, la doctrina en torno a los procesos plenarios rápidos no se desarrolló lo debido con arreglo a su verdadera importancia; que el centro de gravedad de nuestros sucesivos Ordenamientos pro-

(16) Cfr. sobre este tema la bibliografía romanista y fuentes romanas en nuestro trabajo *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia. (Contra la doctrina de la litis contestatio)*, Barcelona, 1950, especialmente en pág. 40 y siguientes.

(17) Capítulo XXXVI de las Ordenanzas de la antigua forma judicial.

(18) Cfr. BRIEGLER: *Einleitung in die Theorie des summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859, pág. 80, especialmente.

(19) Cfr., por ejemplo, DIEGO PÉREZ en las *Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo, glosadas por...*, vol. I, pág. 499 y sigs. (Madrid, 1779).

(20) Proceso mercantil en la Ley de los Reyes Católicos de 1494 (Medina del Campo); proceso civil en la Ley de los mismos Reyes en Toledo, 1480.

(21) Cfr. BRIEGLER, ob. últimamente cit., pág. 80 y sigs. 108 y sigs. y 169 y sigs.

(22) Cfr. mi trabajo *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, a publicar en RDPArg., como homenaje póstumo al profesor James Goldschmidt.

cesales históricos está en el proceso ordinario (actual juicio de mayor cuantía), pasando los demás (actuales de menor cuantía y verbal) (23) a ocupar un lugar secundario. Pero si la labor de la doctrina y de los legisladores se hubiera centrado en el estudio de estos tipos de procedimiento, es posible que fuera muy diferente la situación actual de nuestro proceso civil (24).

Así, pues, en España, a través de los sucesivos Ordenamientos legales (25), sigue predominando el Derecho Común. En 1853 se produce un movimiento de revolución contra este estado de cosas, contra la lentitud, complicación y carestía de los procesos. El Ministro de Justicia don José María de Castro y Orozco, marqués de Gerona, dicta una «Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria». Esta obra fué una radical tentativa de renovación en la Administración de Justicia española; en más de uno de sus puntos hubiera podido ser suscrita por los procesalistas germanos de la gran escuela. Pero ni el terreno, ni la Abogacía, ni los Tribunales estaban preparados para esta súbita transformación, y no la sufrieron de modo pacífico; y así la «Instrucción» cayó entre grandes protestas de los juristas españoles contra ella (26).

La ley de Enjuiciamiento civil de 1855 nos devolvía a un estado de cosas no muy lejano del *solemnis ordo judiciorum*. Directa descendiente de la ley de 1855 es la actual y vigente Ley de Enjuiciamiento civil, de 1881, Derecho Común, recogido con todas sus ventajas, pero también con todos sus inconvenientes, ya que no se procedió por el legislador a una labor científica de expurgo de figuras inútiles y perjudiciales. Defectuosa en su sistema, en su técnica y en su lenguaje, proporciona continuamente graves conflictos que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no basta a resolver; precisa una seria y meditada reforma que aleje de ella lo inútil, obstaculizador y anticuado, conservando lo que tiene de bueno, adecuado y funcional (la *Praktibilität* y la *Zweckmässigkeit* de Franz Klein) (27).

(23) El procedimiento de pequeña cuantía (para litigios de valor económico de 1.000 a 5.000 pesetas) creado por la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944, es una variante del juicio de menor cuantía (para litigios desde 5.000 a 20.000 pesetas). Cfr. *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, cit. § 8.

(24) Recordamos aquí el argumento de WACH, en cuestión muy ligada a ésta (*Mündlichkeit und Schriftlichkeit*, en los *Vorträge über die Reichszivilprozessordnung*, 2.ª ed., Bonn, 1896, pág. 25 y sigs.).

(25) *Ordenamiento de Alcalá* (1348); *Ordenamiento Real* (1485); *Ordenanzas de Medina* (1489); *Ordenanzas de Madrid* (1502); *Ordenanzas de Alcalá* (1503); *Leyes de Toro* (1503); *Nueva Recopilación* (1567), y *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805).

(26) Cfr. *Observaciones sobre la Instrucción del procedimiento civil, de 30 de septiembre de 1853*, dictamen elaborado por MONREAL, ACEVEDO, DÍAZ PÉREZ, GÓMEZ DE LA SERNA y M. SILVELA, en RGLJ, vol. III, pág. 13 y sigs.

(27) Cfr. KLEIN: *Erläuternde Bemerkungen zur Zivilprozessordnung*, en los *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, Viena, 1897, vol. II; y nuestro trabajo *El Proyecto de ZPO austriaca visto por Franz Klein*, en RDP., vol. VI, 1950, núm. 1.

Ante tales problemas, el legislador ha acudido a dos técnicas: la primera, la de aumentar la amplitud del campo de aplicación de los procedimientos acelerados. En este sentido se puede decir que la aplicabilidad cada vez más amplia del juicio de menor cuantía, no es ni más ni menos que un elemental medio por el cual el legislador disminuye la cantidad de trámites procesales en beneficio de la celeridad y con escasa mengua de las posibilidades de las partes. Téngase en cuenta que sus límites económicos han pasado desde 250 pesetas a 1.500 de mínimo y máximo en 1881, a 5.000 y 2.000, respectivamente, en 1950; y que existe actualmente un proyecto de Ley para elevar esta cuantía hasta 100.000 pesetas. Este fenómeno es de atribuir, en parte, a la desvalorización de la moneda; pero en otra parte y si nos fijamos en el hecho histórico, constante a partir del siglo xv, de la amplificación del campo de los procesos plenarios rápidos, resulta ser una verdadera reforma del sistema procedimental; un arrepentimiento de no haber evolucionado en torno a este tipo de proceso (28).

Otra técnica seguida por el legislador español, es la de crear procedimientos extravagantes. Existe en la actualidad gran número de Leyes Extravagantes, con disposiciones procesales que en muchos casos (y en los más importantes, que son, el de procedimiento de pequeña cuantía—de 1.000 a 5.000 pesetas, LBJM—y el procedimiento de trabajo) se basan en principios modernos, y por ello opuestos a los que campean en la Ley de Enjuiciamiento, ocasionando graves problemas (29).

Nuestra Ley de Enjuiciamiento no peca ciertamente de conceptual; las ideas que recoge en relación con figuras como la de la acción, son las que pueden verse en cualquier Cuerpo Legal de los siglos xvii o xviii. Cualquiera otra cosa que en ella quiera verse, es producto, o bien de la casualidad gramatical, o bien de la imaginación del exegeta. Con esto nos referimos a quienes han querido ver en la palabra «pretensión», utilizada en los artículos 715 y siguientes de la Ley, a la figura que actualmente se designa con tal nombre (30).

Pero tanto los procesalistas españoles como el Tribunal Supremo, han tomado posiciones doctrinales en torno al concepto de acción. Se hacen eco crítico de las doctrinas germanas e italianas, y adoptan una postura a veces original ante ellas. Hacer una labor expositiva y crítica supondría un trabajo específico, con

(28) He tratado de los procedimientos especiales españoles en «Innovazioni nella legislazione processuale spagnola», en *Ann. Dir. Comp.*, vol. XXVI, fasc. 2-3 (1950), *passim*.

(29) Cfr. sobre esto, *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, cit. § 8.

(30) Se trata del procedimiento verbal, o de mínima cuantía (hasta 250 pesetas). La palabra «pretensión» aparece utilizada, unas veces bien, y otras, inadecuadamente. Cfr. nuestro trabajo *Acción* en «Enciclopedia Jurídica Española Seix», y ed. separada, texto y nota núm. 61.

variantes de los numerosos y excelentes que ya existen (31). Aparece también en España la doctrina de la pretensión, con variantes respecto a la idea carneluttiana (32). En otro lugar hemos expuesto nuestra opinión: entendemos que la idea de acción está encuadrada en un ámbito supra-procesal, en el del Derecho Constitucional; corresponde al poder de petición a las autoridades que las Cartas Fundamentales conceden al ciudadano. Ello no quiere decir que deje de interesar al procesalista; pues se trata de tal derecho, manifestado con caracteres específicos que nos sirven para diferenciarlo de otros resultantes también del poder genérico de petición. Las características que diferencian al derecho de acción de otros derechos de petición (por ejemplo, los de tipo administrativo) han de buscarse—y se encuentran—en las notas distintivas de la función jurisdiccional (33).

Los presupuestos procesales en nuestra Ley de Enjuiciamiento civil como consecuencia del directo influjo del Derecho Común y de la exaltación en la misma del principio dispositivo en todas sus facetas (que posteriormente se irán viendo), son tratados como «excepciones dilatorias» (art. 533) o «perentorias» (artículo 535), quedando a merced del demandado la posibilidad de oponer ante el Tribunal la falta de algún presupuesto procesal por medio de dichas figuras. Los únicos presupuestos procesales cuya existencia ha de examinar el Tribunal de oficio, son los de su jurisdicción y los de su competencia funcional y objetiva (34).

La falta de presupuestos procesales puede, pues, denunciarse (en el juicio ordinario de mayor cuantía) por medio de las excepciones dilatorias, con lo que se obtiene el resultado de paralizar el procedimiento hasta que se haya resuelto sobre ellas en el momento procesal de contestación a la demanda; pero también puede denunciarse por medio de las excepciones no dilatorias, o sea, juntamente con la contestación a la demanda, en cuyo caso, la excepción se tramita y resuelve a la vez que el fondo del asunto, sin que se produzca dilación en el mismo. Este tratamiento es el único posible cuando se trata de juicio de menor cuantía y

(31) Entre ellos, el que he leído últimamente del Prof. LIEBMAN (*L'azione nella teoria del processo civile*, en Riv. Trim. Dir. Proc. civ., 1950, núm. 1, y en los *Scritti in onore di FRANCESCO CARNELUTTI*). De la bibliografía española en que se pueden encontrar posiciones propias y críticas sobre el concepto de acción, doy cuenta en mi trabajo *Acción* cit.

(32) Cfr. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, vol. 1, Madrid, 1943, pág. 338 y sigs.; LOIS ESTÉVEZ: *Proceso y forma*, Santiago, 1947, pág. 107 y sigs.

(33) Cfr. *Acción* cit. Vengo así a coincidir con la posición adoptada por ALLORIO, parcialmente (Cfr. *Riflessioni sopra lo svolgimento della scienza processuale* en Jus. (Milán), Nueva Serie, 1950, fase 1, págs. 97 y 101, especialmente).

(34) Cfr. con respecto a este punto RODRÍGUEZ SOLANO: *El principio de autoridad del Juez en el proceso y sus límites*, coponencia propuesta al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, juntamente conmigo (Cfr. notas infra).

de pequeña cuantía, es decir, de 5.000 a 20.000 pesetas y de 1.000 a 5.000, respectivamente.

Pero la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944 se ha apartado de la anticuada idea de tratar a los presupuestos procesales bajo la máscara de excepciones dilatorias; y así, en el juicio por ella regulado (pequeña cuantía), el Juez, de oficio, debe de examinar lo correspondiente a su jurisdicción, competencia y capacidad de las partes.

En principio, creemos que ésta debe de ser la solución a adoptar en una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil. Los presupuestos procesales deben ser examinados de oficio, aunque también se admita que sea la parte quien denuncie su falta; la colaboración de Juez y partes en este punto debe resultar beneficiosa, sin merma de garantías ni de la imparcialidad. Por otra parte, los presupuestos procesales deben de ser objeto de constante atención por parte del Juez, concediendo a éste las oportunidades procesales necesarias.

Por ello, es posible que fuere útil introducir en la legislación procesal civil española una actuación análoga a la *Erste Tagsatzung* o *Vortermin* de la ZPO austríaca, que con éste u otros nombres y variantes se ha extendido por muchos países europeos y hasta americanos.

El pensamiento de Klein fué el resultado de meditar que en un sistema—como el de su ZPO—en el que rija el principio de concentración, el Juez ha de dedicar gran energía y esfuerzo para evacuar las actividades probatorias con la máxima celeridad. Este esfuerzo ha de ser compartido por las partes. Por ello, es preciso que antes de desarrollarlo se estudien los procesos para determinar si están o no en condiciones de ser recibidos a prueba, a fin de evitar que surjan durante ellas obstáculos procesales o materiales de necesaria resolución previa que puedan hacer inútil cuanto sobre el fondo se haya actuado, o al menos, ponerlo en peligro y obligar a todos a aplicar a ellos fuerzas y actividad no escasas (35). Este pensamiento es aplicable al proceso español, cuyo más grave inconveniente, como veremos, es la enorme posibilidad que las partes tienen de provocar procedimientos incidentales con fuerza suspensiva del proceso principal.

Pero también hay que tener precaución en un excesivo intento de concentración del proceso. «El más grave problema dentro de la aspiración hacia la economía...—dice Prieto Castro—lo constituye el de la ordenación de las cuestiones incidentales. Hay que observar gran parsimonia al regularlo... Aplicando la má-

(35) Cfr. nuestra Ponencia presentada al I Congreso Nacional de Derecho Procesal sobre *El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales)*.

xima economía de las audiencias concentradas, como reacción a ultranza contra ese sistema (escritura), llegaríamos a los mismos inconvenientes que intentamos combatir. Por el afán de no diferir o paralizar el negocio principal, se trataría conjuntamente sobre el fondo y acerca de las otras cuestiones, de suerte que, al final, podría ocurrir frecuentemente que el obstáculo constituido por el tema accesorio impida resolver sobre el asunto principal, con lo que la actividad integral desplegada sería inútil. Una aspiración de economía conduce entonces a la máxima antieconomía» (36).

Las críticas que contra la audiencia preliminar he podido ver, se basan en la distribución de funciones en la primera instancia entre un Juez Instructor y un Tribunal sentenciador (37). Este inconveniente desaparece automáticamente en el Ordenamiento Jurídico español, en el cual se atribuyen siempre a un Juez único todas las funciones instructorias y decisorias de la instancia, sin que hayan surgido quejas por este sistema. Pero la audiencia preliminar extendería su ámbito, no sólo al examen de los presupuestos procesales, sino también a otros problemas (38).

Y vamos a exponer con brevedad cuál es el sistema de principios procedimentales que predomina en el proceso español.

El proceso declarativo español se basa en el principio de la audiencia bilateral («audiatur et altera pars») que se observa a través de las oportunidades procesales paralelas que la Ley de Enjuiciamiento concede a las partes; el perjudicado por la violación de tal principio puede recurrir por ello en casación por quebrantamiento de forma (artículo 1.693, núms. 1 y 5).

Aparece en nuestro juicio de mayor cuantía, como residuo histórico no depurado, un resto de lo que fué la *in jus vocatio* romana. Presentada y admitida la demanda, se emplaza al demandado para que, en el plazo de nueve días, comparezca ante el Tribunal «personándose en forma» (artículo 525) para que «se le tenga por parte» (artículo 530); después de lo cual se le concede un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda.

Se trata de un vestigio de la antigua necesidad de comparecer para concertar el contrato de *litis contestatio*. Hoy día, este trámite—incongruente desde el momento en que se admite el proceso en rebeldía del demandado—constituye solamente una di-

(36) Cfr. PRIETO CASTRO: *Precisiones sobre la escritura y oralidad en el Derecho procesal español*, en los *Scritti in onore di CARNELUTTI*, y en *Rev. Jur. Cat.*, 1949, núm. 3, pág. 218.

(37) Cfr. mi trabajo cit. en nota núm. 35, en donde me hago eco de la literatura austriaca e italiana.

(38) El lugar de tratar este tema está en el trabajo siempre cit. en la nota 35.

lación inútil, carente de sentido, como carece de sentido todo cuanto recuerde a la *litis contestatio* (39).

Pero en nuestro sistema procesal vigente ocurre lo mismo que ocurría en las Edades Media y Moderna; esto es, que, tal como allí, en los procesos que por su objeto debían de ser rápidos, uno de los trámites que desaparecía era la *litis contestatio*, aquí, en los juicios en los que se ha tratado de conseguir la rapidez que en todos es necesaria, ha sido eliminado el trámite de «personación para constituirse como parte», trámite-homenaje a la *litis contestatio*. Y sólo subsiste en el proceso declarativo ordinario (juicio de mayor cuantía) (40).

Pero, a pesar de todo, y continuándose en el error de otros tiempos por algunos juristas, aun el Tribunal Supremo alude a veces expresamente a un pretendido fundamento cuasi-contratual del proceso. Contra esta arcaica interpretación de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado hay que oponer que, actualmente, no es preciso que aquéllos acuerden someterse a los Tribunales estatales, ya que viven sometidos a ellos; la defensa privada fué sustituida por un derecho de petición al Estado, una de cuyas manifestaciones específicas es el de acción; es la situación histórica actual del desarrollo de la función jurisdiccional lo que ha anulado a la *litis contestatio*.

El principio de audiencia bilateral tiene excepciones en algunos procesos declarativos sumarios. Tales son los interdictos (que en nada se parecen a los interdictos romanos), procesos posesorios en los que a la presentación de la demanda sigue una fase de «información» unilateral a cargo de la parte actora sobre los hechos que alega en su escrito; después de dicha «información» (testifical) se da audiencia al demandado, pero no antes.

El proceso español se basa en el principio dispositivo en sus varios enfoques; son las partes quienes poseen el dominio del proceso, ante un Juez con escasas facultades. Las partes incoan el proceso; sus pretensiones vinculan al Juez—y están protegidas por el recurso de casación—; pueden renunciar a la acción, desistir del procedimiento, allanarse a la demanda, transigir, someter el litigio a un Tribunal arbitral o de amigables compone-

(39) Cfr. sobre estas ideas en mi *Grundriss des spanisch-n Zivilprozessrechtes* (Zurich, 1946), cit., pág. 16 y sigs.; en *El desistimiento y su bilateralidad* cit. pág. 67 y sigs. y en *Proceso*, cit. passim.

(40) Se nos ha dicho en alguna ocasión que dicho plazo de nueve días tiene utilidad por venir a ampliar el que el demandado tiene para contestar a la demanda; que en muchas ocasiones, el actor ha preparado su demanda durante largo tiempo, tiempo que también le sería preciso al demandado para preparar su defensa, por lo que el citado plazo de nueve días le viene muy bien. Estas consideraciones tienen valor práctico, al menos discutible. Pero, de aceptarlas, lo que se debe de hacer, es ampliar el plazo para contestar a la demanda, mas no conservar un trámite que ofende al sentido actual de lo procesal con su existencia.

deces; la ejecución forzosa—de carácter judicial—tiene lugar a petición del vencedor (41).

Ya hemos visto cómo el sistema seguido en materia de presupuestos procesales pone a las partes en situación de disponer de los mismos, pudiendo o no denunciar su falta por la vía de las excepciones (cosa que ya no ocurre en la Ley de Bases de Justicia Municipal).

Durante el período de alegaciones del proceso (demanda-contestación, etc.) el Juez tiene facultades que en términos generales se reducen a velar por la forma del proceso; es un órgano de relación entre las partes, y aun de relación no inmediata; pues como consecuencia de predominar el principio de la escritura, aparece la figura del Secretario Judicial, que media entre partes y Juez.

En el proceso ordinario (juicio de mayor cuantía), son las partes quienes determinan la necesidad o falta de necesidad de recibirlo a prueba (no ocurre así en el proceso de menor cuantía—de 5.000 a 20.000 pesetas—ni en el de pequeña cuantía—de 1.000 a 5.000 pesetas, creado por la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944); en ambos tipos procedimentales, es el Juez el que determina pasar al estadio probatorio cuando lo estima necesario (artículo 550, 693 de la Lec., y Base 10, C), regla 6.ª de la LBJM de 1944).

El Juez sólo puede tener en cuenta los hechos alegados por las partes; los hechos notorios, de acuerdo con la Jurisprudencia—en la cual, no obstante, se abre ya camino la opinión contraria—, no pueden ser tenidos en cuenta por el Juez de oficio. Cuando procede practicar la prueba de los hechos, el Juez tiene facultades para repeler los medios de prueba que juzge como impertinentes o inútiles (artículo 566); mientras que las partes y con excepción de la prueba de reconocimiento pericial (artículos 611 y 612), no tienen oportunidad de pronunciarse en favor o en contra de la admisibilidad de los medios ofrecidos por sus respectivos contrarios.

Los medios de prueba solemne admitidos son los de documentos privados y públicos, reconocimiento de libros, pericias, reconocimiento pericial y testigos. En cuanto a la confesión, se la considera como medio de prueba a la judicial; existiendo dos tipos, en los que se mezclan confusamente los antiguos medios dispositivos del juramento con el interrogatorio de la parte (el cual también es jurado, aunque el juramento no sea decisivo). La cuestión se complica aún más por existir en el Código civil normas sobre la confesión en juicio, que difieren de las de la

(41) Sobre este punto y otros que se tratarán, cfr. mi trabajo *Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento* en ADC, vol. I (1948), fasc. 4, y RDPArg., 1949, núm. I y II y *Grundriss* cit.

Lec., proporcionando graves conflictos para la construcción de las figuras científicas (42).

La prueba de práctica con contradicción, las partes presentes, la carga de la prueba está distribuida según las normas contenidas en diversos lugares del Código civil (43).

Las partes, en el juicio de mayor cuantía, pueden acortar el período de cambio de escritos, ya que pueden renunciar a los de réplica y dúplica (artículo 547); pueden alterar, modificar y adicionar los hechos y las pretensiones y excepciones formuladas, siempre que ello no implique una modificación de la demanda y contestación (artículo 548). Esto constituye una muestra de la rigidez con que se conservan los principios del derecho común en cuanto a la necesaria sustanciación de las demandas; y una prohibición de la transformación de la demanda muy severa, que en ocasiones puede ir contra la economía procesal (44). En los escritos de réplica y dúplica, las partes han de pronunciarse claramente sobre la veracidad o no veracidad de los hechos alegados por la contraria en sus escritos, bajo sanción de *facta confessio* que el Juez puede estimar. Y con respecto a los *nova reperta* se les puede alegar en un escrito, llamado «escrito de ampliación», que se debe de presentar durante el período de proposición de prueba, preclusivamente, cuando los hechos sean de importancia, y en cuanto a los de nuevo conocimiento se jure no haberlos conocido con anterioridad (artículo 563); también se les puede alegar en apelación cuando el Tribunal estima que son de importancia.

Las partes disponen, tácitamente o expresamente, de la competencia territorial, y también tienen influencia sobre la determinación de la especie de procedimiento a seguir, puesto que son ellas quienes fijan y determinan el valor del objeto litigioso. Y, por último, queda a su disposición el que, una vez terminada la práctica de la prueba, tenga lugar o no una audiencia oral de crítica de lo realizado, o bien, que sea sustituida por dos escritos que las partes presenten al Tribunal (escritos de conclusiones).

En frente de estas facultades de las partes, no son demasiado amplias las concesiones que nuestra Ley Procesal concede al Juez: ya hemos visto que durante el período de cambio de escritos (alegaciones) el Juez asume casi el papel de un organismo mediador entre las partes, sin que apenas tenga facultades en cuanto al interesantísimo punto de los presupuestos procesales.

El Juez español aprecia la prueba «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», sistema intermedio entre el de prueba legal

(42) Cfr. PRIETO CASTRO: *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del Derecho español sobre la confesión judicial civil* en RDP. 1940. núm. 3.

(43) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, Zaragoza, 1946. vol. I, pág. 311 y sigs.

(44) He criticado esta rigidez en mi obra *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago, 1949, especialmente en la II parte, pág. 101 y sigs.

o tasada y el de libre apreciación que pueda conducir a lo irracional (art. 609 y otros de la Ley); este principio tiene, como excepciones, algunos restos de la vieja doctrina de la prueba legal, que entraron al amparo de la confusamente tratada figura de la «confesión en juicio», ya que la confesión con juramento decisorio, que nuestra Ley trata como medio de prueba, y que en realidad es un simple medio dispositivo del proceso, surte prueba plena. Pero el juramento decisorio prácticamente ha desaparecido; y en cuanto a la «confesión con juramento indecisorio» (interrogatorio jurado de las partes), el Tribunal Supremo comenzó ya a considerarla como de libre apreciación (de acuerdo con las normas de la sana crítica). Las referidas reglas son máximas de la apariencia a seguir por el Juez.

El Juez puede repeler la demanda *ad limine* a causa de defectos formales. La LEC. y la Jurisprudencia autorizan a no dar curso a las demandas que se formulen sin cumplir los requisitos del artículo 524 (arg. del artículo 525), o no vayan acompañadas del poder que acredite la representación del Procurador (artículo 3, párrafo 2.º) o carezcan de la firma de Letrado cuando sea necesaria (artículo 10) o se presenten sin estar acompañadas de las copias de los escritos o documentos (45) o sin las certificaciones del acto de conciliación cuando este sea exigible (artículo 462) o cuando no se hayan cumplido los requisitos fiscales (46); las demandas de pobreza pueden ser rechazadas *ad limine* cuando no reúnan los requisitos previstos en el artículo 28 (artículo 29); las de tercería, cuando no se las acompañe del título que les sirva de fundamento (art. 1.537) (47).

Estimamos que estas atribuciones en cuanto a la repulsa de la demanda *ad limine*, deberían de ampliarse en un sentido y restringirse en otro. Restringirse desde el momento que la forma tiene por finalidad una función de garantía, cuando no la cumpla y solamente represente un indebido y no depurado arrastre de materiales históricos procedentes de épocas en que la forma asumía casi el carácter de rito religioso, debe de desaparecer. Una adecuada interpretación del Tribunal Supremo ha conducido a borrar prácticamente el requisito previsto en el artículo 524 y 62 de la LEC., de haber de expresar la clase de acción que se ejercita en la demanda cuando por ella haya de determinarse la competencia, esto es, casi una *edictio actionis*.

De otro lado, estimamos que se debería conceder al Juez en un futuro ordenamiento procesal civil, la facultad de repeler la de-

(45) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1885 y 10 de julio de 1886.

(46) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1927 y 6 de noviembre de 1928.

(47) Cfr. RODRÍGUEZ SOLANO: *El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites*, Ponencia presentada al I Congreso Nacional de Derecho Procesal.

manda *ad limine* por defecto de ciertos presupuestos procesales, cosa que ya no es extraña a nuestro Ordenamiento legal (48) (artículos 73, 491 y 717 de la LEC. en cuanto a la Jurisdicción y la competencia objetiva; Base 10, C), regla 4.ª de la LBJM sobre la competencia, y 9.ª, b), sobre la capacidad de las partes; e importante declaración—fundamental, aunque contradicha en la misma Ley—en el artículo 2 de la LEC. «Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles»).

Pero en la LEC., la norma general—con las excepciones de la Jurisdicción y competencia objetiva y funcional—sabemos que es que la falta de presupuestos procesales ha de denunciarse por el demandado, por vía de excepción.

El Juez español puede ordenar la subsanación de defectos en las actuaciones de las partes, siempre que la norma que rija dicha actividad y su forma no sea absoluta; y es de tener en cuenta que casi todas las de la LEC. lo son. Ya hemos visto también cómo el Juez puede admitir o repeler los medios de prueba aprobados por las partes; y como, sin embargo, no se admite que a falta de petición de las partes pueda abrir el estado probatorio en el juicio de mayor cuantía (aunque sí en el de menor cuantía cuando haya divergencia entre las partes en relación con los hechos alegados).

Durante el período de práctica de la prueba, el Juez tiene posibilidad de pedir aclaraciones a las partes y testigos sobre sus respectivas deposiciones; pero no se admite que pueda ordenar, como actividad probatoria, el interrogatorio de las partes o de testigos.

La más importante atribución del Juez en la primera instancia es la de ordenar que se practiquen diligencias para mejor proveer.

Una vez concluso el proceso puede suspender el plazo que tiene para elaborar la sentencia y ordenar que se le traiga cualquier documento que crea conveniente para esclarecer el derecho de las partes, exigir confesión judicial a cualquiera de ellas sobre hechos que estime de influencia y que no resulten probados, ordenar la práctica de reconocimientos judiciales o periciales o ampliación de los ya verificados, y traer a su vista cualesquiera actas que tengan relación con el proceso (artículo 340 de la LEC.). Según la LBJM., el Juez puede ordenar que se practique cualquier diligencia para mejor proveer, excepto la de interrogatorio de testigos.

Estas diligencias, para mejor proveer, son una concesión hecha al principio oficial; mediante ellas, el Juez puede intentar la

(48) Amplias consideraciones sobre este punto, en mi Ponencia, para el citado Congreso, *El principio de autoridad* cit. (*Sobre los presupuestos procesales*).

obtención de la verdad material, en un momento procesal en que las partes no pueden obstaculizar su labor, por no tener oportunidad procesal de actuar, ni posibilidad de oponerse, ni más intervención en las referidas diligencias que la que el Juez acuerde, ni recurso contra ellas (art. 340). No se trata, pues, de actividades probatorias, en el sentido que a esta expresión se da en España (con contradicción, publicidad y reparto de la carga probatoria).

Tanto la LEC, como la LBJM., como las demás leyes extravagantes que prevén diligencias para mejor proveer—y su uso está previsto en general en todos los procedimientos contenciosos españoles—exceptúan de las mismas al interrogatorio de testigos. Con respecto a tal exclusión, se la justifica, por unos, diciendo que tal cosa ocurre por causa de la desconfianza que tal medio probatorio inspira (49); por otros, diciendo que con su exclusión, se trata de evitar que el Juez ponga a contribución su ciencia privada sobre las personas y los hechos (50). Entendemos, no obstante, con referencia a esta opinión, que también al ordenar la práctica de un reconocimiento judicial podría utilizar el Juez su ciencia privada. Más acertado es pensar en la inseguridad de la prueba testifical por el hecho de no ser preconstituida como lo es la documental (51); pero, teniendo en cuenta el vigente principio de libre apreciación, creemos que no puede perjudicar en nada la práctica del interrogatorio de testigos como diligencia para mejor proveer, rodeándola de ciertas garantías (52).

Entendemos como muy acertado el que no se conceda a las partes intervención en la práctica de las diligencias para mejor proveer; más que aquella que el Juez acuerde, pues es lógico que una vez desarrollado un procedimiento en el que desde el principio predominó el principio dispositivo, tenga el Juez una posibilidad de investigar con cierta libertad. No obstante, habría que poner a salvo la economía procesal, marcando al Juez plazos impropios para la práctica de tales diligencias, con lo que se evitaría retraso en la labor de sentenciar.

Las diligencias para mejor proveer, como ya hemos dicho, están a disposición de los Tribunales en casi todos los procedi-

(49) Cfr. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil* cit., vol. I, página 910.

(50) Cfr. PRIETO CASTRO: *Problema del juicio de pequeña cuantía*, en RDP., vol. II, 1946, pág. 404.

(51) Cfr. PRIETO: *Ob. cit.*, pág. 105.

(52) Por ejemplo, como ocurre en otros Ordenamientos Jurídicos: imponiendo que el Juez pudiera interrogar solamente a los testigos que hubieren sido citados como tales por las partes, o a personas a las cuales se hubiera aludido en el curso del juicio, de tal modo que su nombre y situación genérica con respecto al litigio fuera conocida por el Juez por razón de su cargo y no por ciencia privada.

mientos declarativos españoles, en la apelación (art. 854) y aún alguna de ellas, también en casación (art. 1.746). En la apelación del juicio de mínima cuantía (el llamado juicio verbal, hasta 2.000 pesetas de valor económico), en el cual no es posible la admisión de pruebas, se aprovecha en la práctica para realizarlas, cuando sea necesario, el sistema de las diligencias para mejor proveer.

Como excepción del principio dispositivo, hay que citar a los de estado y condición civil de las personas, así como el que rige actualmente las escasísimas cuestiones de divorcio civil. Naturalmente, en ellos impera el principio oficial (53).

El procedimiento ordinario español tiene un carácter predominantemente escrito; nueva consecuencia del influjo del Derecho común. Cierto es que el conjunto de principios formales por que se rige un Ordenamiento procedimental determinado, no solamente depende de la influencia de la Historia, pues en varios casos vemos cómo una reforma invierte los términos de la cuestión (por ejemplo, la reforma alemana del siglo XIX, que se emancipa a las consecuencias de la *Jüngste Reichsabschied* de 1654. El problema oralidad-escritura no tiene solución absoluta, tal como en algunas ocasiones se ha querido presentar, porque no sólo depende de factores técnico-procesales (entre los cuales hay que incluir en primer lugar a la formación de los Jueces, desde su organización administrativa hasta su retribución), sino también de otros, como lo son la idiosincrasia y la educación social y política y jurídica de los individuos y de los pueblos. De acuerdo con la consideración de estos factores en España, entendemos que salvo para los procesos sobre *Bagatellsachen*, la oralidad ampliamente concebida, no tiene cabida (54).

La fase de alegaciones del proceso español es escrita—con excepción del juicio verbal o de mínima cuantía—; la exposición de la situación litigiosa, hecha por las partes en sus escritos de demanda y contestación, las liga y vincula al Juez; ya hemos visto cómo no se admite en España una transformación de la demanda. Y ello, a la vez, nos lleva a la secuencia técnica de que en España impere en cuanto al contenido de las deman-

(53) Nos hemos remitido a hablar de los procedimientos regulados fundamentalmente en la Lec. y en la LBJM; en cuanto a los demás, entre los cuales pueden encontrarse principios fundamentales opuestos a los que acabamos de exponer, su exposición y crítica está hecha en otro trabajo ya citado, que se publicó ya en el *Anuario di Diritto Comparato* del Ministero di Grazia e Giustizia. También allí puede encontrarse la bibliografía referente a dichos procesos extravagantes.

(54) Sería aplicable a España, la crítica que de la oralidad hacia HEUSLER (Cfr. *Der Zivilprozess der Schweiz*, Berlín-Mannheim-Leipzig, 1923, pág. 54). Cfr. también, sobre el problema, PRIETO CASTRO: *Precisiones* cit., y su Ponencia sobre los principios de la oralidad y escritura presentada al I Congreso Nacional de Derecho Procesal.

das, la doctrina de la sustanciación (55); las posibilidades procesales que dichos escritos representan, a efectos de la alegación de hechos, son preclusivas, con la escasa excepción que representa la posibilidad de alegar los *nova reperta* en el escrito de ampliación. Otra consecuencia, ligada menos directamente, es el sistema actual de la apelación española, muy semejante a la de la ZPO. austríaca, concentrada sobre el examen de la sentencia, con escasas posibilidades de *jus novorum* y de una nueva instrucción (56).

La importancia procesal del escrito de demanda, que, como vemos, ha de contener una plena y completa fundamentación, supone la posibilidad plenamente existente en nuestro Ordenamiento procesal, de seguir un proceso en ausencia del actor, sin que obstaculice fundamentalmente la ausencia del mismo de la práctica de las pruebas ni de la audiencia oral que después puede celebrarse. Basta, pues, con el escrito de demanda, para provocar un proceso que continúe hasta su final natural sobre el fondo del asunto.

En los escasos procedimientos orales—el de mínima cuantía— el escrito de demanda tiene un carácter simplemente preparatorio; la fundamentación que puede contener (art. 720 de la LEC.) es simplemente preliminar y no tiene eficacia de por sí para mover todo el proceso; la verdadera y fundamental demanda se propone en la audiencia, y si el demandante no comparece a ella, se le tiene por desistido (art. 728 de la LEC.).

Llevaría quizás bastante espacio una exacta exposición de las consideraciones que nos hacen creer como no apetecible la implantación de la oralidad para el estadio de alegaciones de nuestro juicio ordinario, y queda para otro momento; pero hemos de hacer constar que muchas críticas de las que se hacen a Códigos procesales que han aceptado la oralidad para este período procesal, se hacen por razón de las corruptelas aparecidas contra dicho principio y en dicha fase. Así, en Austria, el escrito preparatorio previsto en los párrafos 76 y 78 de la ZPO. ha perdido dicho carácter; se había estatuido que no pudiera sustituir a la demanda oral, pero en la práctica actual, lo sustituye; en el procedimiento ante el Tribunal colegiado, en el que también existe lo que antaño fué un escrito preparatorio de contestación a la demanda, en la realidad actual sucede que tampoco el demandado contesta oralmente; de modo que la audiencia principal suele comenzar por la resolución sobre prueba (57).

En Italia, asistimos también a un fenómeno, que de mal gra-

(55) Cfr. sobre este punto *in extenso*, mi obra *La transformación de la demanda* cit., especialmente pág. 21 a 58

(56) Sin embargo, en otro sistema histórico anterior, existió una apelación más amplia, con nueva instrucción (Cfr. ejemplos históricos en mi obra cit. en nota anterior).

(57) Nos referimos a NOVAK: *Praktisches Zivilprozessrecht*, en JBl., 1949, especialmente pág. 117.

do la oposición de los procesalistas científicos, ha llevado a la admisión plena de la *trattazione scritta* autorizada por el Juez (Decreto de 5 de mayo de 1948) (58); en el Cantón de Zurich—y su ZPO. es una agradable sorpresa para el jurista habituado a manejar solamente los Códigos de los grandes países—cierto es, que, a pesar de prevenirse que el actor estaba autorizado a presentar un escrito preparatorio (parágrafo 146 de la ZPO.), este medio de preparación escrita tardó bastante tiempo en ganar terreno (59); pero la Novela de 7 de abril de 1935 determinó que el referido escrito sustituyese a la fundamentación oral de la demanda en la audiencia (60).

El principio de la escritura tiene también gran importancia en la fase probatoria del proceso español; en los ordinarios, los medios de prueba se proponen por escrito, incluso los interrogatorios previstos para partes y testigos; en los procesos especiales en que la oralidad tiene más desarrollo, lo más importante son las actas; las audiencias orales tienen lugar en la práctica en muchas ocasiones sin la presencia del Juez, abrumado de trabajo; o se limitan a la presentación de notas escritas que por el Secretario se incluyen en el acta.

En la fase probatoria es en donde la oralidad y sus principios conexos podrían tener una más amplia aplicación, con el fin de obtener la inmediación; naturalmente, un mayor predominio de la oralidad haría disminuir la rigidez que supone el hecho de que se haya de presentar previamente por escrito el interrogatorio de las partes y testigos, sin que sean suficientes los medios que la Ley pone a disposición de Juez y partes para obviar tal inconveniente (posibilidad de dirigir una parte a otra preguntas y observaciones conducentes a la averiguación de la verdad: interrogaciones del Juez para aclarar los hechos en la prueba de confesión; y análogas facultades de todos en la prueba testifical).

No obstante todas las dificultades de tipo orgánico judicial, el procedimiento probatorio español es oral en su parte esencial; esto es, cuando se trata de actividades probatorias cuya dinámica es al menos tan interesante como su resultado. Es de

(58) Cfr. la sección que la *Rivista di Diritto processuale* dedicó durante estos años a la polémica en torno al Código del proceso civil. Pero es de notar, en apoyo de nuestro aserto, hecho patente en múltiples ocasiones (y la última, en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal) que la base de cualquier reforma procesal de entidad debe de ser la preparación de un organismo judicial adecuado para asumir las funciones que les encomiende un futuro Código, cuyo proyecto esté, al menos, esbozado. Tanto los atacantes como los defensores del Código italiano dirigen su tiro más bien sobre la organización judicial y la abogacía que sobre el propio procedimiento.

(59) Así puede verse en FRITZSCHE: *Das Zivilprozessrecht in der Schweiz* en LESKE- LÖWENFELD: *Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, Berlin, 1933, vol. I, pág. 238.

(60) Cfr. STRAULI Y HAUSER: *Zürcherische Rechtspflegegesetz*, Zurich, 136, vol. II, pág. 263, com. 1.º al § 146.

notar que consideramos divididas a las actividades probatorias, desde el punto de vista de la inmediación, en dos grupos; uno de ellos, ya citado, de actuaciones en que la directa e inmediata observación por el Juez de su desarrollo, es tan importante como el contenido de las mismas (por ejemplo, el interrogatorio de las partes y testigos, en que el Juez ha de valorar no solamente el contenido de las declaraciones, sino también el comportamiento de los sujetos durante la deposición de las mismas); y el otro grupo, comprende otras actuaciones probatorias, en que la importancia de su contenido excede en mucho la importancia de la observación judicial de la dinámica formal; el protocolo es lo interesante. Así, por ejemplo, en materia de prueba pericial, en muchas ocasiones en que se trata de máximas de la experiencia muy específicas; en tales casos, más importante que la asistencia inmediata del Juez a las operaciones técnicas (que no comprenderá por falta de preparación técnica), es el resultado que los peritos presenten, esto es, el dictamen, que puede ser muy bien escrito, siempre que el Juez pueda—y según nuestra Ley, puede—formular preguntas de aclaración al mismo (61).

En tales casos, es admisible una excepción a la inmediación y a la oralidad.

Pero aunque se acepte un sistema oral para el período probatorio en un ordenamiento procesal, no se debe descuidar la protocolización, pues si se la elimina —en beneficio de la rapidez— o se la reduce a un *minimum*, las actividades probatorias se pierden en su mayor parte, de tal modo que apenas queda memoria histórica de las mismas a efectos de valorarlas en la segunda instancia y en casación; en tal caso, la instrucción debería de reiterarse casi totalmente (e inútilmente en gran número de casos) en apelación, con lo cual, de otra parte, padecería el principio de concentración y la rapidez de la misma. He aquí la razón de la extremada importancia de la protocolización en un procedimiento oral; y más, cuando se trata de un sistema como el español, en el que la posibilidad de una nueva instrucción probatoria en apelación se remite solamente a los casos de «*nova reperta*» y otros muy limitados en los que no se trata de una reiteración de la llevada a cabo en la primera instancia.

Teóricamente, el tratamiento que nuestras leyes dan a la protocolización es bastante; el Cuerpo de Secretarios judiciales, representa en España un gran apoyo, por su calidad; pero fallan los medios materiales, que es preciso mejorar.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, previene la celebración de una audiencia oral una vez terminada la fase probatoria del procedimiento. En el juicio de mayor cuantía es facultativo de las partes, que tácitamente pueden optar por un nuevo escrito cada

(61) Cfr. como manifestación específica nuestro trabajo sobre *La investigación biológica de la paternidad desde el punto de vista procesal*, en ADC, 1950 (III), fasc. 3.º

una—escrito de conclusiones en que se exponen los hechos debatidos, las pruebas y se critica la prueba de la parte contraria (artículo 670); en el juicio de menor cuantía la audiencia (vista) es obligatoria. En la práctica, ya hemos dicho que en muchas ocasiones, la audiencia se limita a la inclusión en un acta de dos notas escritas presentadas por las partes. Y el Juez, para dictar su sentencia, se ha de basar en el principio *quod non es in actis, nec in mundo*; es decir, que estas manifestaciones de la oralidad—que la práctica reduce en ocasiones a escritura—tienen escasa importancia.

En el juicio de pequeña cuantía (de 1.000 a 5.000 pesetas, regulado por la LBJM de 1944) (62), existe una audiencia principal una vez terminada la fase de alegaciones; pero no se admite en ella la transformación de la demanda, de tal modo que lo que vincula al Juez es el concepto de los escritos de demanda y contestación; después, en la misma audiencia, se celebra el recibimiento a prueba (63). En realidad, donde más desarrollo alcanza la oralidad es el procedimiento de mínima cuantía (hasta 1.000 pesetas); después de un escrito preparatorio de demanda, las actuaciones se concentran en una audiencia oral.

Como vemos, pues, la oralidad en la primera instancia española tiene poca importancia; el centro de gravedad reside en los escritos o en la protocolización de las actividades que se desarrollan oralmente. El imperio de una rígida preclusión favorece además a la escritura.

En apelación existe una primera fase que se desarrolla por escrito (interposición del recurso: escrito de conformidad o disconformidad con el apuntamiento; interposición en este momento de la apelación adhesiva; práctica de prueba si hubo hechos nuevos o se produjo alguno de los otros casos en que se admite (art. 862 y 863); después, se produce una audiencia principal de gran valor, ya que es en ella donde se desarrolla la fundamentación del recurso y la defensa de la sentencia recaída en 1.ª instancia por las partes. Pero también cabe la posibilidad de que las partes pidan la sustitución de dicha audiencia por un escrito (de alegación en dedeño (art. 876 y ss.). En casación, el recurso se interpone por escrito y fundadamente: al final del procedimiento, existe una audiencia oral, que en la moderna legislación tiende a desaparecer (64).

Puede decirse pues, que en España, como secuencia del gran influjo del Derecho común en nuestro Ordenamiento vigente, así como por el escaso desarrollo de los estudios procesales en la

(62) Lo tratamos más extensamente en el trabajo cit. *Ann. Dir. Comp.*, y en «La moderna legislación española en materia contenciosa», en BUS., 1950, y ed. separada.

(63) Las reglas por las que se rige el recibimiento a prueba son las mismas generales que están en la I.E.C.; la diferencia estriba en que el recibimiento a prueba en la LBJM. es más concentrado en el tiempo.

(64) Cfr. el trabajo cit., en nota núm. 62.

época de la codificación que tomasen como meta los procedimientos que se desarrollaban bajo el principio de oralidad completa, ésta no rige sino en el estadio probatorio y aún sólo en parte. Dificultades de orden material, derivadas a su vez de defectos existentes en la Organización judicial (exceso de trabajo, falta de medios modernos para acelerar la protocolización) hacen que prácticamente, la oralidad se torne casi en escritura en ciertos casos.

Pero también es preciso decir que la oralidad pura, introducida en España sin una previa y larga preparación del personal judicial, de los Abogados, y aún de los justiciables, entrañaría consecuencias de desorden difíciles de prever en cuanto a su alcance (65); lo que es de desear es que, desapareciendo los inconvenientes prácticos que en la actualidad se oponen a que la práctica de la prueba sea dirigida materialmente por el Juez, éste puede preocuparse de que se lleve a efecto en estricta inmediación, a fin de poder ejercitar las facultades de dirección que la LEC. le concede, las cuales, si es preciso, deberían ser ampliadas (66).

La amplitud con que rige en el proceso español el principio de la escritura, lleva consigo la mediación, la limitación de la publicidad, la eventualidad—combinada con una severa preclusión—y la falta de concentración.

Es evidente que al consistir fundamentalmente el procedimiento en escritos, documentos y protocolos, se exalta a la figura del Secretario judicial, el cual media entre las partes y el juez; con ello, las partes pierden el directo contacto con dicha persona.

Hemos visto que nuestra LEC. prevé la inmediación para la práctica de la prueba, y en especial para aquellos medios en que reviste más importancia; pero se trata de una inmediación que en ciertos casos prácticamente no se da, y que, además, no va coherentemente acompañada de los principios que deben ser su secuencia: ya hemos visto cómo se sigue el rígido sistema de los interrogatorios escritos, así como el de solicitar por escrito la prueba pericial, sin que baste a obviar esta rigidez, la facultad del Juez y de las partes, de pedir aclaraciones.

Son evidentes las ventajas de la inmediación (siempre que no se traduzca en la práctica en una platónica declaración de la Ley) (67) y de sus principios conexos (68) en cuanto a la fase pro-

(65) Cfr. *Precisiones* cit., de PRIETO CASTRO.

(66) Más ampliamente, en mi *Grundriss* cit.

(67) Reiteramos nuestro pensamiento de que los inconvenientes que se oponen a la inmediación en la práctica de la prueba no pueden ser evitados mediante una Ley procedimental, sino que lo han de ser en una Ley Orgánica del Poder Judicial a elaborar (o reformar) antes de que entre en vigor aquélla. El medio más adecuado para hacer posible una inmediación allí en donde tal principio sea necesario, es promover en los jueces el estímulo necesario desde el comienzo de su formación; dotar a la Organización judicial de unidad—he aquí otra queja contra el número cada vez mayor de manifestaciones especiales de la Jurisdicción que aparecen en España por el nefasto medio de legislar procesalmente con Leyes extravagantes—(Cfr. nuestro trabajo tantas veces cit. en

batoria del procedimiento (69). Es el medio normal, decía acertadamente Klein, por el que los hombrés, fuera del proceso, buscan la verdad para llegar a un resultado; allí se despliega celo y aumentan la Moral y la disciplina; se abrevia el camino para llevar a la comprensión del Juez los problemas a resolver y se facilita su labor directora y orientadora (70) a efectos de evitar que más tarde se vea obligado a resolver sus dudas mediante el ejercicio de los poderes que el art. 340 de la LEC. pone en su mano (diligencias para mejor proveer, supletorias de una ordenada) y adecuada actividad probatoria de las partes). Por ello, es evidente que la prueba debe de ser inmediata, oral y concentrada. Y aquí se nos vuelven a poner de manifiesto las ventajas del sistema español, con un Juez instructor y sentenciador a la vez (71).

La inmediación en la práctica de la prueba, ha de tener lugar siempre que se trate de una actividad de tal especie, tanto sobre el fondo como en cualquier procedimiento incidental surgido (sobre presupuestos procesales, etc.).

Otra necesaria consecuencia de la inmediación es que, como su finalidad es la de crear en la mente del Juez la imagen viva del litigio por efecto de su presencia en la práctica de la prueba, la sentencia debe de ser dictada lo antes posible. A cuyo fin es preciso promover un perfeccionamiento de los actuales medios de protocolización de las actuaciones orales. Pero también hemos visto cómo hay ocasiones en que no es estrictamente necesario en principio que la prueba se desarrolle bajo el principio de inmediación; cuando se trate de actividades encomendadas a técnicos, cuya dinámica es en sí poco interesante.

En el procedimiento español, siempre como consecuencia del principio de la escritura, aparece una falta de concentración, por la necesidad de que las actuaciones se desarrollen ordenadamente en el tiempo. Aparecen así las actividades procesales, como concatenadas, y el proceso dividido con rigidez en varias fases (preclusión rígida); no existe la idea de «preclusión elástica» que domina en otros Ordenamientos jurídicos, según la cual, cada estadio procesal aparece dominado por una idea (alegatoria, probatoria etc.), pero ello no excluye que en cada uno de tales estadios se puedan desarrollar algunas actividades que en realidad co-

Ann. Dir. Comp., y el otro cit. en nota núm. 62) y de suficiente número de Jueces: de personal auxiliar suficiente y selecto; medios materiales modernos: llegando a garantizar hasta una buena posición económica de los Jueces, a fin de atraer una selección de los mejores universitarios.

(68) Cfr. sobre esto, extensamente, en mi trabajo *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento* en ADC y RDPArg. cit.

(69) Pues ya se ha visto mi opinión de que en la fase de alegaciones debe de regir el principio de la escritura predominantemente.

(70) Cfr. KLEIN-ENGL: *Der Zivilprozess Oesterreichs*. Berlín, Leipzig, Mannheim, 1927, pág. 207. y sigs.

(71) Con ello desaparecen inconvenientes como los que ve JAHODA (Cfr. *Pro futuro*, en OJZ, 1948. pág. 433).

responden a otro (72). La preclusión rígida hace que en cada estadio procesal sólo puedan ser llevadas a cabo las actividades que la ley admite expresamente; algunas excepciones se dan, como lo es la que ofrece el escrito de ampliación (en la fase de proposición de prueba, para alegar *nova reperta*); y el plazo común para proponer y practicar prueba de algunos tipos de procedimiento (por ejemplo, el incidental, art 753).

La severa distribución del tiempo procesal en plazos, es la muestra de nuestra preclusión rígida; y una muestra de sus efectos se pueden ver, por ejemplo, en la cuestión de los presupuestos procesales; si su falta se quiere alegar por vía de una excepción dilatoria, que suspenda el curso del proceso sobre el fondo, es preciso que la excepción sea interpuesta en un plazo de los seis primeros días, del plazo general de veinte que se conceden al demandado para contestar a la demanda.

Como consecuencia de la rígida preclusión, aparece el principio de eventualidad en la aportación de alegaciones y pruebas, con lo que se promueve la diligencia de las partes, una concentración del material instructorio en la primera instancia, pero también se produce — o se puede producir en ocasiones — un exuberante desarrollo procesal que resulte excesivo, antieconómico e inútil.

Los principios de escritura, orden legal de los actos procesales, preclusión y eventualidad, obstaculizan a la concentración. Y otra serie de concausas actúan la imposibilidad de cohesionar en lo posible a la concentración con aquellos principios. Se trata de existencia de actuaciones inútiles y faltas de sentido en la actualidad; de exagerada extensión de algunos plazos que antaño tenía razón de ser, pero que ahora no la tiene (73); se trata de algunas lagunas de la Ley; se trata de la sobrecarga de trabajo que sufren los Tribunales españoles (73).

Pero el mayor mal que ataca al principio de la concentración del contenido del proceso español es el constituido por la amplísima posibilidad de promover incidentes «de previo pronunciamiento», esto es, con efecto suspensivo del tratamiento procesal sobre el fondo (art. 745); no existe una regulación exhaustiva de dichos incidentes, por lo cual hay abundantes horizontes por los que puedan aparecer frente al procedimiento sobre el fondo cuestiones previas procesales o materiales que lo dilaten y pongan en peligro su efectividad. La gravedad aumenta por la concesión de un recurso de apelación, también con efecto suspensivo, que se da en

(72) Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale civile*. I. Padua, 1943, pág. 205 y sigs.

(73) Por ejemplo, el plazo para constituirse como parte, que ya hemos visto; el plazo de los arts. 877 y 881 para elaborar el escrito de alegación en Derecho en la apelación (sustituyendo a la audiencia oral sobre el fondo), plazo que va acompañado de otro para que la alegación se pueda imprimir, cosa que carece casi totalmente de objeto, existiendo la rápida escritura a máquina, etc.

(74) Cfr. un análisis de estos problemas prácticos en mi trabajo *Concentración*, que se publicará en la «Enciclopedia Jurídica española Seix».

general contra las resoluciones de los incidentes (art. 758) en el juicio de mayor cuantía.

Sin embargo, la concentración va aumentando según disminuye el valor del contenido del proceso; así, en el juicio de menor cuantía, se observa una mayor concentración del referido contenido del proceso (75), ya que desaparecen los incidentes de previo pronunciamiento por razón de las «excepciones dilatorias» (por falta de presupuestos procesales) (art. 687) y la apelación independiente de las resoluciones ordinatorias (art. 703). En el juicio de pequeña cuantía no sólo se refuerza la concentración del contenido del proceso, sino que también se muestra la de las actividades procesales. En efecto, las cuestiones incidentales han de ser resueltas en la sentencia definitiva por su orden; pero también, aparte de concentrarse las alegaciones en dos únicos escritos (demanda y contestación), (76), tal como en el juicio de menor cuantía, en la audiencia que sigue se concentra la ratificación de dichas alegaciones, su aclaración, resumen, etc.—siempre que no se transforma la demanda—, y el recibimiento a prueba, que se emprende inmediatamente. En el juicio de mínima cuantía o verbal, la concentración aparece en toda su extensión (arts. 720 y siguientes).

En los procedimientos especiales sumarios (por ejemplo, de alimentos provisionales y posesorios), también se manifiesta la concentración en una audiencia que reúne desde alegaciones hasta la práctica de las pruebas.

Si se consigue una buena adecuación del mecanismo orgánico: si se revisa la Ley de Enjuiciamiento en cuanto a determinados trámites inútiles, plazos excesivamente largos—la longitud de los plazos también está en función de las posibilidades de buena dinámica de la maquinaria judicial—; si se regula la cuestión de los incidentes de modo que se eviten los abusos dilatorios, la concentración del estadio probatorio en el proceso español es tarea fácil: el ejemplo de los juicios plenarios rápidos nos lo muestra.

En resumen, se puede asegurar que el proceso español «lleva con bastante dignidad» el peso del error cometido al seguir en sus pasos al Derecho común sin depuración previa alguna. Si se cesa en la tarea de desmembrar la jurisdicción—problema de enorme urgencia por su gravedad—, de crear procedimientos extravagantes, de remitirse en otros casos a procedimientos ya existentes que tienen poco desarrollo doctrinal (77); si se escucha la

(75) Es léxico de KLEIN: *Des Zivilprozess* cit., pág. 245, y de ROSENBERG: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 4.ª ed., Munich, 1949, pág. 239.

(76) Naturalmente, la reconvencción formulada juntamente con la contestación a la demanda, produce la aparición de una oportunidad procesal para que el actor la conteste.

(77) Nos referimos con esto a la predilección que el legislador muestra por el procedimiento incidental de los arts. 741 y sigs. de la LEC. Se remite a él la LAU cuando sea competente el Juez de 1.ª Instancia y no se trate de un re-

voz de la doctrina científica en toda esta labor, y a la vez, como previo presupuesto indispensable, se provee a poner al organismo jurisdiccional en condiciones de asumir estas nuevas tareas, se puede augurar un brillante futuro a la legislación procesal española. Si así no ocurre, no es ciertamente culpa de la doctrina, que en todo momento continúa su necesaria labor de crítica científica, indicando posibilidades y ofreciendo soluciones a los diversos problemas. En resumen, es necesaria una buena técnica legislativa.

SIGLAS

- LEC.—Ley de Enjuiciamiento civil.
 LBJM.—Ley de Bases de Justicia Municipal.
 LAU.—Ley de Arrendamientos Urbanos.
 LH.—Ley Hipotecaria.
 RGLJ.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
 RDP.—Revista de Derecho Privado.
 RPV.—Revista «Príncipe de Viana».
 ADA.—Anuario de Derecho Aragonés.
 RDPr.—Revista de Derecho Procesal.
 RDPArg.—Revista de Derecho Procesal (Buenos Aires).
 BUS.—Boletín de la Universidad de Santiago.
 Rev. Jur. Cat.—Revista Jurídica de Cataluña.
 ADC.—Anuario de Derecho civil.
 Riv. Trim. Dir. Proc. civ.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile.
 Ann. Dir. Comp.—Anuario di Diritto Comparato.
 JBl.—Juristische Blätter.
 OJZ.—Osterreichische Juristen-Zeitung.

tracto: el art. 41 de la LH; la Ley sobre el proceso «arbitral» de Seguros, etc. (Cfr. mi trabajo *La moderna legislación procesal española en materia contenciosa*, en BUS, 1950, pág. 77 y sigs., y otros loc. en que se trata de dichos tipos de proceso). El referido tipo de procedimiento incidental tiene grandes analogías con el de menor cuantía, pero teniendo en cuenta que éste está doctrinalmente más desarrollado—esta consideración se hace ver con sólo contemplar su historia—, quizás hubiera sido preferible evolucionar en torno a dicho procedimiento.

La transmisión de las cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada

FELIPE DE SOLA CAÑIZARES

Abogado de los Ilustres Colegios de Madrid y Barcelona.
Doctor en Derecho de la Universidad de París

I

INTRODUCCIÓN

1.—*Finalidad del presente estudio*

El problema de la transmisión de las cuotas en la sociedad de responsabilidad limitada es de gran trascendencia, por cuanto el modo de transmitir las cuotas es uno de los rasgos esenciales y característicos de este tipo de sociedad en la generalidad de las legislaciones. En España es una cuestión que no teniendo solución legal, reviste todavía mayor interés que en otros países por las dificultades a que en la práctica puede dar lugar.

Nos proponemos en la presente introducción exponer algunas nociones generales sobre la cuota o parte social de la sociedad de responsabilidad limitada. En una segunda parte examinaremos las soluciones diversas que nos ofrece el derecho comparado. La tercera parte estará consagrada a las soluciones posibles en el derecho español vigente. En fin, a guisa de conclusión, formularemos nuestra opinión en vistas a una futura reglamentación legal en España.

Nuestro estudio tiene, pues, como finalidad, ofrecer una información relativa a las legislaciones extranjeras y aportar una modesta contribución para encontrar soluciones adecuadas en el estado actual de nuestro derecho y también en la futura reglamentación legal.

2.—*La participación del socio en la sociedad colectiva y en la anónima*

En toda sociedad comercial existe una aportación del socio, a la cual corresponden un conjunto de derechos y deberes. En la sociedad colectiva este conjunto de derecho y deberes está vinculada a la persona del socio; en la sociedad anónima está incorpo-

rado a un título-valor que se denomina acción. Precisamente la naturaleza jurídica de la participación del socio es el elemento característico más fundamental que distingue las denominadas sociedades de personas de las de capitales, o según la terminología alemana, las sociedades individualistas de las colectivistas.

La doctrina ha discutido para establecer un criterio distintivo entre la participación en la colectiva—el «*interêt*», como dicen los franceses—y la acción de la sociedad anónima. Se ha querido encontrar este criterio en la responsabilidad ilimitada o limitada del socio, en el principio de la incesibilidad o de la libre cesibilidad, en la vinculación a la persona del socio o materialización en un título o en un conjunto de elementos que revelen la naturaleza jurídica de la participación social (1).

Es evidente que un solo signo característico no basta para distinguir la acción de la parte de interés, y no lo es menos que es siempre peligroso buscar fórmulas que comprendan la totalidad de las diversas legislaciones. Pero de una manera general podría decirse: Que la acción es negociable con la reserva de eventuales condiciones o restricciones—preferimos el criterio de la negociabilidad al de la cesibilidad—y que la parte de interés es intransmisible, salvo también posibles eventualidades convencionales de transmisión; que la acción lleva inherente para el accionista una limitación legal de su responsabilidad al valor nominal de la misma, mientras que la parte de interés lleva consigo la responsabilidad personal e ilimitada del socio; que la acción excluye toda solidaridad del tenedor respecto de los otros accionistas de la misma sociedad, mientras que de las partes de interés se deriva siempre una responsabilidad solidaria de los socios; que la acción es un título valor en el que están incorporados los derechos y deberes de los socios, los cuales en la parte de interés están vinculados a la persona del socio.

La acción es un título material de una asociación abierta y des-

(1) Véase sobre estos criterios de distinción, entre otros autores: MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1902, I, págs. 525, y siguientes; THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 8.^a ed., 1931, I, pág. 373; J. GARRIGUES, *Cours de Droit mercantile*, Madrid, 1936, I, pág. 168; ADDE, *Tratado*, T. I, 1947; FERNÁNDEZ, R. L., *Código de comercio comentado*, Buenos Aires, 1943, I, pág. 471; RIVAROLA, M. A., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, 2.^a ed., 1924, I, n. 5; FRAINSSINGEA, *Le double criterium de l'action*, «*Annales de droit commercial*», 1914, págs. 5 y siguientes, 107 y sigs.; CARNELUTTI, F., *Sulla distinzioni fra quote ed azioni delle soc. comm. Studi di dir. comm.*, Roma, 1917; SRAFFA, A., *La tasa di circolazione sulla carture delle accomandite semplice*, «*Riv. di Diritto commerciale*», 1912, I, pág. 1.045; PIC y BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2.^a ed., Paris, 1929, pág. 257; HOUPIN y BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 7.^a ed., Paris, 1936, I, n. 355; G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1948, página 263; F. SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado de Sociedades de responsabilidad limitada en Derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, 1950, I, págs. 535 y sigs.