

# VARIA

LEONARDO PRIETO CASTRO.—*Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, tomo I, 1941 (Librería General, Zaragoza. Biblioteca de Iniciación Jurídica, pág. 344).

Escribimos en esta REVISTA hace poco (1940, pág. 742) las siguientes palabras, con ocasión de una reseña bibliográfica de las "Instituciones", de Chiovenda: "Tan agradecidos como somos los juristas españoles a toda publicación de índole científica, creemos de más utilidad todavía el esbozo de Manuales del Derecho positivo español." Afortunadamente estamos hoy en la feliz situación de poder presentar una exposición del Derecho procesal civil de España. Su autor se ha dado a conocer por obras originales, como, por ejemplo, "La acción declarativa" (Madrid, 1932)—acción que debe sustituir la anticuada acción de jactancia—, y por las traducciones de los Derechos procesales civiles de Kisch y de James Goldschmidt (en 1932 y 1936, respectivamente). Mencionemos también su traducción del Derecho procesal penal, de Florian (Barcelona, 1934), libro que, entretanto, ha llegado en Italia a su tercera edición (Torino, 1939, pág. 637). Prieto, finalmente, tampoco es un desconocido para nuestros lectores (véase REVISTA, 1940, Suplemento 389, y págs. 365, 367, 368 y 625 a 642).

El tomo, que ya ha salido a luz, consta de tres libros. El primero trata de las teorías generales: el segundo aborda el procedimiento en general: el tercero estudia los procedimientos ordinarios en primera instancia. El primer libro, a su vez, se subdivide en dos secciones, de las cuales la primera expone el Derecho procesal, sus fuentes y su formación, mientras que la segunda analiza "el impulso para la actividad jurisdiccional y la Jurisdicción". En la historia del Derecho procesal, Prieto no menciona el proceso ático. Bien es verdad que no se sabe mucho del Derecho procesal griego; mas hubiera podido hacerse una referencia, por ejemplo, a Max Alsberg, "Der Prozess des Sokrates im Lichte moderner Jurisprudenz und Psychologie" (1926), y a Franz Lämmli, "Das attische Prozessverfahren in seiner Wirkung

auf die Gerichtsrede" (Paderborn, 1938). El esbozo del Derecho romano es breve, pero contiene todo lo esencial para los estudiantes de la asignatura. Sin embargo, hubiera sido tal vez útil prender en el curso del libro, con ocasión de los diferentes problemas, las ideas del Derecho romano con más extensión. Piénsese, por ejemplo, en el problema de la acción. Romanistas recientes atacan la teoría de Windscheid de la supremacía de la "actio" sobre el Derecho subjetivo. Giovanni Pugliese ("Actio e Diritto subiettivo", Roma, 1939; v. la reseña bibliográfica en *Savigny-Zeitschrift*, tomo 60, págs. 255 y sigs.) mantiene la tesis de que en los Derechos relativos la "actio" existía antes que el Derecho subjetivo, pero que debemos aceptar la relación inversa con respecto a los Derechos absolutos. Pugliese cree, con Koschaker, que la "actio in rem" tenía al principio el carácter de una acción meramente declarativa. También revelan las "formulae in jus conceptae" la fe en Derechos subjetivos preexistentes (1). En el proceso visigodo manifiesta el autor el valor de la Lex Visigothorum, como primer monumento jurídico de la nacionalidad española. El desarrollo de la historia de la Ley de Enjuiciamiento civil es muy interesante y contiene numerosas apreciaciones nuevas. En la segunda sección se ocupa Prieto consecutivamente de la acción, de la Jurisdicción, de los Tribunales, de su competencia y de las partes. Como se ve, no coloca Prieto la teoría de las partes en pie de igualdad con los Tribunales como "elementos personales del proceso". En efecto, no existe una coordinación entre partes y Tribunales (lo que ya evidencia la misma ortografía, que exige letra mayúscula para iniciar el último término y minúscula para el primero). Prieto esboza con igual maestría los problemas prácticos (por ejemplo, los de la competencia) que los temas teóricos atinentes a la acción (como Derecho independiente de la pretensión civilística y que asume la forma de una pretensión de tutela jurídica), o los referentes a las partes (capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación de las partes—tema desarrollado en la conocida tesis de Angel Enciso [*Rev. Der. Priv.*, 1936, págs. 121 y siguientes]—, postulación y representación procesal, pluralidad de partes y de intervinientes en el proceso, cambios de partes). El segundo libro perfila en dos capítulos los rasgos esenciales de los principios y de los actos procesales. Al principio de este libro investiga el autor los

(1) Satta: "Ultime tendenze della teoria dell'azione", en *Rivista Internazionale della Teoria del Diritto*, tomo 20, fasc. 1.

podere de las partes y del Tribunal. No deja de mencionar la valiosa tesis del catedrático de Barcelona Jaime Guasp: *Juez y hechos en el proceso civil* (1940), desgraciadamente inédita, en contra del principio dispositivo. Sea mencionado de paso tan sólo que la abolición del principio dispositivo en el proceso civil tendría quizá repercusiones en el Derecho penal, puesto que el castigo de la llamada "estafa procesal" se basa, según algunos autores, en su existencia (v. Marsico: "Frode processuale e giurisdizione volontaria", en *Riv. Pen.*, 1940, fasc. 10; reseña bibliográfica en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1940, páginas 563-564). Luego expone los principios de escritura y de oralidad, así como ciertas consecuencias del principio de escritura: orden legal de los actos, preclusión y eventualidad, incomunicación entre las personas del proceso, etc. También encuentra su debido lugar el principio de concentración, que tiene la finalidad de evitar la diseminación del procedimiento en una serie de actuaciones separadas, y el de mediación, en virtud del cual toda la discusión se efectúa frente a frente entre partes y Juez. El capítulo termina con el análisis de la publicidad y del impulso procesal. Los actos procesales pueden ser actos de las partes, actos del Juez o actos del Secretario y del Ejecutor judicial. El tercer libro consta de dos secciones: la primera se dedica al juicio de mayor cuantía, mientras que la segunda es consagrada al estudio de las especialidades de los juicios de menor cuantía y verbal. La primera sección, a su vez, se subdistingue en tres partes, que tratan de las fases expositiva, probatoria y final del proceso, respectivamente. La primera parte abarca los acontecimientos procesales desde la demanda hasta el complemento del material instructorio, mediante los escritos de réplica, dúplica y ampliación. Prieto analiza con su habitual densidad las excepciones y los presupuestos procesales, origen de tantas y tan fecundas discusiones teóricoprocesales. Al exponer la reconvencción, Prieto demuestra cierta hostilidad contra ella. La amplitud con que la admite la Ley de Enjuiciamiento civil se explica por la escasez de comunicaciones y el hecho de que los Tribunales no funcionaban en los tiempos pasados permanentemente. Así era natural que se usase con gran extensión de la oportunidad del juicio pendiente para plantear otro contrario al demandante. Desaparecidas las mencionadas causas, no tiene ya razón de ser la reconvencción en su extensión legal. Por este motivo rechaza el autor la admisibilidad de la reconvencción a la reconvencción, aunque en sí debiera deducirse su admisibilidad, habida

cuenta del carácter de la reconvencción como verdadera demanda. Podría Prieto invocar, para corroborar su tesis, el canon 1.690, párrafo 2.º del Codex Juris Canonici, que declara expresamente: "*Reconventio reconventionis non admittitur.*" La parte segunda elabora los conceptos generales sobre la prueba y los medios de prueba en especial. Descuella en esta parte el capítulo sobre la carga de la prueba y las presunciones legales. Prieto distingue la carga de la afirmación y la de la prueba. La utilidad de este distingo se revela en un ejemplo, en que la carga de afirmación y la de prueba discrepan. Piénsese, por ejemplo, en un hijo desheredado, que reclama como demandante una parte de la herencia. En virtud del artículo 850 del Código civil, corresponde al hijo desheredado negar la existencia de una justa causa de desheredación: en cambio, corresponde la prueba de su existencia a los herederos. No se debe objetar que en este caso la carga de afirmación se refiere a la falta de una justa causa de desheredación, y la prueba recae sobre su existencia. El objeto de la afirmación y de la prueba es idéntico y consiste en la causa de desheredación, cuya existencia es negada por la afirmación del desheredado y probada o no probada, según el resultado de la prueba, por los demás herederos. La carga de prueba, fundamental en un proceso dominado por el principio dispositivo, pierde mucho de su importancia en un proceso, en el que el Juez de oficio explora la verdad. En el campo de las presunciones, distingue Prieto, conforme con la doctrina (y la legislación), las presunciones legales y judiciales. Al mencionar la prueba "*prima facie*", hubiera podido aludirse al "*principio de prueba*", a los efectos de fijar la competencia de un Tribunal. En la lucha en torno del objeto de la declaración testifical (hecho exterior o representación subjetiva del hecho exterior) no se decide Prieto con claridad (a pesar de lo dicho páginas 286-287), y es importante respecto del delito de perjurio.

La tercera parte distingue la terminación del proceso por actos de las partes o sin sentencia y la terminación por sentencia contradictoria. En la primera hipótesis caben tres posibilidades: renuncia y desistimiento del actor, transacción y caducidad. La renuncia se refiere a la acción; el desistimiento, en cambio, al proceso comenzado. Hemos de destacar el capítulo sobre la transacción judicial. Ha de hacerse constar en los autos. Su revocación se lleva a cabo ante el Tribunal donde se hizo la transacción, el que también continúa el proceso si la transacción llega a ser revocada. Al exponer los efectos de la sentencia, Prieto

distingue, con la doctrina moderna, la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. El primer efecto consiste en la inatacabilidad de la sentencia en el mismo proceso mediante recursos, y podría llamarse también "firmeza de la sentencia". El efecto de cosa juzgada material consiste en el efecto descrito en los artículos 1.251, 1.252 del Código civil. La votación de la sentencia ha dado lugar a dos teorías, que el autor no menciona. Se discute si la votación debe realizarse respecto al fallo o respecto a los resultandos y considerandos. La legislación española parece adoptar una solución ecléctica. Así dice el artículo 344 de la Ley de Enjuiciamiento civil: "El Ponente someterá a la deliberación de la Sala los puntos de hecho, las cuestiones o fundamentos de derecho y la decisión que deba comprender la sentencia, y previa la discusión necesaria, se votará sucesivamente." El artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento criminal menciona sólo la votación de las cuestiones de hecho y de derecho. Sin embargo, puede desprenderse del artículo 163, que la votación recaerá también sobre la decisión que ha de dictarse. En Alemania, al votar las sentencias civiles, se vota separadamente respecto a cada hecho, que se hizo valer como medio de ataque o de defensa. También se decide mediante votación separada sobre cada interpretación dudosa de cualquier término legal. En cambio, no se vota sobre los diferentes considerandos (v. James Goldschmidt: *Zivilprozessrecht*. Berlín, 1929, pág. 113; Schoenke: *Zivilprozessrecht*. Berlín, 1938, pág. 58, no trata de nuestro problema). Respecto a las sentencias penales, discútese en Alemania apasionadamente si la votación debe recaer sólo sobre el fallo o si debe referirse a los fundamentos (v., por ejemplo, Beling: *Reichsstrafprozessrecht*. Berlín, 1928, páginas 245 y sigs., que es partidario de esta última opinión, en contra del conocido comentario a la Ley Procesal criminal de Loewe-Rosenberg: Berlín, 1914, págs. 1.088 y sigs.) (1). El "Codex Juris Canonici" prevé una discusión de las conclusiones (can. 1.871, par. 3). Sin embargo, permite también el establecimiento de los motivos mediante resolución mayoritaria (can. 1.873, par. 2). Un ejemplo revelará las dificultades del problema. Figurémonos que ante un Tribunal de tres Jueces un prestamista reclama la devolución del préstamo. El Juez A opina que el demandante no ha probado suficientemente la entrega del

(1) Véase también Sachse: "Die Abstimmung ueber die Schuldfrage im Strafgericht", en *Zeitschrift fuer die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1928, tomo 49, páginas 306 a 315.

dinero al prestatario: B cree que el préstamo llegó a efectuarse, pero que el prestamista condonó la deuda; C coincide con B respecto al nacimiento del préstamo, pero lo cree cancelado por compensación. Ahora bien; en la votación de los fundamentos (resultandos y considerandos) se acepta en primer lugar, por los votos de B y C contra A, la existencia del préstamo. Luego se rechaza la extinción de la obligación por no haber ni condonación (C y A contra B) ni compensación (B y A contra C). En consecuencia, hay que condenar al demandado, aunque ninguno de los tres Jueces esté conforme con el fallo. Según la teoría de la votación del fallo, los tres Jueces decidirán unánimemente la desestimación de la demanda, aunque encuentren dificultades insolubles para justificar este fallo. La teoría ecléctica llega a una sentencia en que los fundamentos no justifican el fallo, puesto que desestiman la demanda, aunque el resultado lógico de las votaciones sobre los motivos debiera ser opuesto. Probablemente se habrá de distinguir: 1.º Sentencias en las que el fallo constituye una consecuencia obligada de los fundamentos. Así ocurre, por ejemplo, en el citado caso. Para esta hipótesis hay que adoptar la tesis que defiende la votación de los fundamentos. Bien es verdad que se llega a un fallo con el que ninguno de los tres Jueces está conforme; pero no lo es menos que la mayoría afirma el préstamo, y que no se encuentra ninguna mayoría para afirmar cualquier modo determinado de extinción. 2.º Resoluciones que o no poseen fundamentos o en las que el fallo posee valor independiente frente a los fundamentos. La determinación de la pena en las sentencias de lo criminal nos ofrece, sobre todo, un ejemplo de la última clase. He aquí el campo de la teoría de la votación del fallo.

El libro de Prieto se ciñe al Derecho positivo español. El autor hace ampliamente uso de la jurisprudencia. La densidad de la obra es admirable. Su utilidad, aumentada por un índice de materias y otro de fuentes, es indiscutible. En resumidas cuentas, podemos brindar a la obra de Prieto la máxima alabanza: el manual de Prieto es para el Derecho procesal lo que el manual de Garrigues es para el Derecho mercantil (1).

(1) La utilidad del libro de Prieto se demuestra de la manera más contundente por el número de citas que en un solo mes se han hecho. Véase, por ejemplo, REVISTA CRÍTICA, núm. 153, en los comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo del 28 de noviembre y del 9 de diciembre de 1940; *Revista de Derecho Privado*, 1941, páginas 101, nota 3, y 105, nota 11.

*Teoría jurídica della "Azienda Commerciale".*

El profesor La Lumia, según nos anuncia la *Revista del Diritto Commerciale* (1940-9), está publicando un tratado de Derecho mercantil, del cual son las ideas que a continuación se extractan, encuadrándolas en el capítulo relativo a la división de las cosas.

1. *Cosas simples*, en el sentido económico y jurídico, son aquéllas cuyos elementos están fundidos, formando una individualidad unitaria y homogénea en donde pierden su originalidad.

*Complejas*, son de dos clases: *cosas compuestas* (ex pluribus cohaerentibus), engendradas por la cohesión material o física de los elementos reconocibles y que pueden adquirir autonomía, y *universalidades* (ex pluribus distantibus) cuyos elementos constitutivos permanecen independientes, aunque enlazados por su destino económico. Rechaza el autor las teorías que fundan la distinción de *universitates facti* y *universitates juris* en la homogeneidad y heterogeneidad, respectivamente, de los muebles agrupados, o en que aquéllas se forman por la voluntad humana y éstas por mandato de la Ley, y, en fin, las que distinguen ambas universalidades por el contenido: de cosas corporales o de relaciones jurídicas. El punto de vista que adopta es el siguiente: la *universitas juris* es una situación jurídica patrimonial, cuyo ejemplo más notable es la herencia, mientras las *universitates facti* son complejos de cosas unidas por el destino económico.

2. a) *Las universitates facti como complejos de cosas heterogéneas*.—Además de la universalidad de cosas homogéneas (biblioteca), pueden existir las universalidades de cosas heterogéneas, que comprenden tanto las cosas en sentido estricto (entidades naturales susceptibles de apropiación), como las energías o servicios, el trabajo y sus resultados (*opus y opera*) y los derechos patrimoniales.

3. b) *El problema de la unidad jurídica de la universalidad*.—Partiendo del supuesto de que las universalidades constituyen unidades económicas que absorben las cosas simples y pueden ser objeto independiente de relaciones jurídicas, afirma Carnelutti: "La *universitas rerum* es un solo objeto jurídico por la misma razón que la *universitas personarum* es un solo sujeto de derecho." Pero La Lumia, con otros jurisconsultos, se opone a esta concepción porque en las *universitates facti* hay pluralidad de bienes, la posición del titular frente a los variados componentes crea obstáculos graves a la unificación y es necesario

que la Ley declare cuándo y en qué relaciones ha de estimarse la materia de modo unitario (*sub specie universitatis*). Pero aunque las teorías unitarias no merezcan pleno asentimiento, en atención a que ciertas universalidades, sólo en algunos casos y bajo determinados aspectos son tratadas como unidades, no cabe sostener, con las teorías atomísticas, que siempre estamos en presencia de una pluralidad de cosas. La verdad se halla en la solución intermedia: deben reputarse *unidades* las universalidades que sean disciplinadas como tales por el ordenamiento vigente, en los casos o relaciones procedentes:

4. *La hacienda comercial*: a) *Concepto*.—Sostiene el autor la separación de hacienda y empresa, no porque la primera comprenda los elementos objetivos, y la última los subjetivos (personas físicas o jurídicas), ni porque en aquélla prevalezca lo estático y en la última lo dinámico, sino porque la empresa es una forma de ejercicio de la hacienda, que económicamente podemos contraponer al oficio (artesano), como organización más compleja y adelantada. Las haciendas pueden ser, atendiendo al sujeto: individuales (persona física), colectivas o sociales (persona jurídica); y según la especie de la actividad económica: agrícolas, extractivas, industriales, comerciales y de transportes. Todas ellas (excepto la agrícola) caben bajo la denominación hacienda comercial, en su más amplio sentido, cuando existe empresa (no si se trata de talleres de artesano, de carreteros o de barqueros aislados).

5. *Elementos constitutivos*.—Comprende los servicios y actividades de los colaboradores y los medios o instrumentos reales: inmuebles por naturaleza (almacenes, fábricas) o por destino (máquinas), y cosas muebles (mercaderías, materias primas), fungibles (dinero, títulos) y no fungibles, cosas corporales e incorporeales (patentes) y, en general, todas las que puedan ser objeto de organización para la finalidad económica perseguida. Conviene separar de la hacienda (medios e instrumentos) el patrimonio hacendístico (créditos y deudas), aunque éstos pueden ser transferidos con aquélla mediante pacto expreso.

6. *El llamado "avviamento"*.—Se ha discutido mucho, a), su concepto y, b), su posición respecto de la hacienda. a) Mossa lo define "organización de la misma", pero el *avviamento* presupone, además, el efectivo funcionamiento de la hacienda. No es una esperanza subjetiva del lucro futuro, sino la potencialidad objetiva de producirlo: un resultado de múltiples coeficientes (habilidad, bondad del producto, situación de los locales, arreglos de la ciudad, modas). No puede divi-



dirse en subjetivo y objetivo, porque el *avviamento* es un concepto unitario, ni debe confundírsele con la clientela (que, como el crédito, es un signo o índice revelador, y, por otra parte, sirve de propaganda), ni con las plusvalías de los elementos, que nace de su organización. b) Para Carnelutti, el *avviamento* es una cualidad de la hacienda o, mejor, como obra del ingenio, una idea cristalizada a fuerza de voluntad, pero lo integran también valores debidos a la casualidad. Obra de factores múltiples, puede enajenarse con separación de sus elementos, como bien inmaterial *sobrevenido* y autónomo.

7. *El "avviamento" como fundamento jurídico de la represión de la concurrencia desleal.*—La construcción expuesta nos permite fijar esta conclusión. Cuando varios sujetos ofrecen al público bienes o servicios idénticos o análogos, para que la Ley establezca límites a la actividad respectiva, no basta que exista daño de uno de ellos; se necesita, además, que se lesione un derecho subjetivo nacido de cláusulas expresas o tácitas o de prohibiciones de competencia (véase el artículo 136 de nuestro Código Mercantil), o que exista culpa extracontractual por transgresión de una norma primaria. ¿Cuál será ésta? No hay ninguna que proteja a la hacienda como objeto jurídico, ni a la personalidad, puesto que los frutos protegibles del trabajo se resuelven en intereses patrimoniales. Tampoco cabe apoyar la reacción sobre la defensa de los llamados signos distintivos de la hacienda que tienen por sí tutela autónoma (sin cubrir todos los supuestos de la competencia desleal), ni sobre una norma abstracta que ordene a todos la abstención de ciertos actos contrarios a los usos honestos de la industria y del comercio. El fundamento de la represión será, pues, el derecho a la instalación (*avviamento*), no en el sentido de propiedad comercial oponible al dueño del edificio, sino en el de organización en marcha de una actividad mercantil.

8. *Elementos diferenciales o signos y medios de identificación.*—Entre los elementos constitutivos de la hacienda existentes desde un principio (originarios) o que aparecen cuando está en marcha (sobrevenidos), se encuentran: la *razón objetiva* o nombre (congruente o de fantasía) y el *emblema*, signo grabado en la correspondencia, listas, facturas, carruajes, que identifican a la entidad; la *muestra*, que llama la atención sobre el establecimiento, y la *marca de fábrica* o la *comercial*, que garantiza la procedencia y pureza del producto. Son todos objetos jurídicos autónomos que engendran derechos subjetivos particu-

res, transferibles aisladamente si con ello no se engaña al público, y cuya función distintiva encuentra una adecuada tutela por razón de la materia explotada, de la zona territorial o del ramo en que la industria figure. Entre dichos elementos no se comprende el nombre *comercial* (razón o firma subjetiva), que, como el nombre *civil*, distingue a la persona, no a la actividad objetivada, y por no existir fuera del titular, no es objeto de propiedad, ni puede ser transmitido o utilizado sin mención expresa del cambio sobrevenido.

9. *Naturaleza jurídica*.—La hacienda comercial no se halla dotada de personalidad, ni su patrimonio es independiente del patrimonio mercantil o civil del titular; pero éste, sea persona física o social, puede tener varias haciendas. Tampoco cabe catalogarla como acto complejo o conjunto de relaciones jurídicas, porque la estructura anatómica tiene aquí tanto interés como el aspecto funcional.

Concebida la *hacienda comercial* como un complejo de medios o instrumentos personales y reales, organizados por una persona, para el ejercicio de cierta actividad productiva, no es una *cosa compleja*, porque el vínculo que une las partes es funcional, no físico, ni puede ser incluida entre las *universitates juris*, ideales y abstractas, que a veces hasta carecen de contenido económico. Para el autor, la *hacienda comercial* figura entre las universalidades *de hecho*, sin que importe que los bienes agrupados sean heterogéneos, y no constituye una cosa jurídica autónoma y distinta de sus componentes, sino un complejo de bienes enérgicamente enlazados por vínculos económicos que el Derecho somete, en algunos casos y desde algunos aspectos, a una disciplina unitaria. De aquí la posibilidad de que, por un lado, entre como objeto unitario de un contrato de seguros y, en cambio, no pueda ser transferida en bloque, necesitándose formas múltiples y especiales para consumir la enajenación, usufructo, prenda y arrendamiento de los elementos que la integran.

LA REDACCIÓN