

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia

**LAS IDEAS DE PIERO CALAMANDREI Y LA
RECEPCION DEL RECURSO DE CASACION
EN ESPAÑA**

**PROBLEMAS DEL PROCESO DE NULIDAD
EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL
DE REGISTRO**

(Extracto de la tesis doctoral de
D. FRANCISCO FUENTES CARSI)



VOL. XXX - CURSO 1956-57
CUADERNO III - DERECHO

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Edita el Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria.

Aparece cada curso un volumen que comprende fascículos correspondientes a las distintas Facultades.

DIRECCIÓN:

Magnífico y Excmo. Sr. Rector de la Universidad.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Filosofía y Letras.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Ciencias.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Medicina.

CONSEJO DE REDACCIÓN:

ILMO. SR. PROF. JOSÉ SANTA CRUZ TELJEIRO, Director del Secretariado.

VOCALES:

PROF. PABLO ÁLVAREZ RUBIANO, de la Facultad de Filosofía y Letras.
PROF. ENRIQUE COSTA NOVELLA, de la Facultad de Ciencias.
PROF. ANTONIO LLOMBART RODRÍGUEZ, de la Facultad de Medicina.
PROF. ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, de la Facultad de Derecho.
PROF. MIGUEL TARRADELL MATEU, Secretario del Secretariado.

Dirección para canje y obtención de publicaciones: SECRETARIADO
DE PUBLICACIONES, INTERCAMBIO CIENTÍFICO Y EXTENSIÓN UNIVERSITARIA.
Universidad de VALENCIA.
(España)

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VÍCTOR FAIRÉN GULLÉN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia

**LAS IDEAS DE PIERO CALAMANDREI Y LA
RECEPCION DEL RÉCURSO DE CASACION
EN ESPAÑA**

**PROBLEMAS DEL PROCESO DE NULIDAD
EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL
DE REGISTRO**

(Extracto de la tesis doctoral de
D. FRANCISCO FUENTES CARSI)



VÓL. XXX - CURSO 1956-57
CUADERNO III - DERECHO

VÍCTOR FAIRÉN GULLÉN
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
EN LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

LAS IDEAS DE PIERO CALAMANDREI
Y LA RECEPCIÓN DEL
RECURSO DE CASACIÓN EN ESPAÑA

Homenaje a su memoria

El día 27 del pasado mes de septiembre falleció en Florencia el Profesor Ordinario de Derecho Procesal civil de aquella Universidad, Piero Calamandrei. Con el dolor de quien ha perdido, no ya sólo a uno de sus Maestros italianos, sino también un gran amigo, le rindo aquí homenaje, rememorando algunos puntos de su personalidad y de su gran obra como jurista.

No muchos días antes de su muerte corregía, quien esto escribe, las segundas pruebas de un trabajo destinado a formar parte de los Estudios a él dedicados con motivo del XL aniversario de su docencia universitaria. Homenaje que, brutalmente, pasa a ser póstumo. La ilusión con que unas mal hilvanadas líneas se dedicaban al gran Maestro florentino queda reemplazada por el sentimiento de una catástrofe tremenda: la que supone, para el mundo de los juristas, la pérdida de uno de sus mejores hombres de esta nuestra época.

Aunque a ello se haya de dedicar otra nota, la trayectoria humana y científica de Calamandrei merece ser aquí recordada en total. Aunque sea con omisión de citas de muchas de sus obras y de su repercusión mundial; que no se puede transformar esta noticia en un catálogo bibliográfico, pues la vida, ya cerrada, de un hombre de ciencia no se contabiliza por simples títulos y páginas, ni por el simple conocimiento específico de parte de su obra limitado a cualquiera de sus facetas: ello no nos daría la completa medida de su personalidad.

Recuerdo así, no en catálogo y al azar, sino quizás por tratarse

Conferencia en memoria del fallecido Profesor Piero Calamandrei, pronunciada en el Aula Magna de la Universidad el día 5 de abril de 1957.

de una de las primeras de sus grandes monografías que estudié, «La casación civil» (traducción española, por Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945), monumental obra comenzada en la época de la primera guerra mundial; obra en que se da gran extensión al estudio histórico de la figura, y no con simple ánimo erudito, sino «a fin de que el futuro legislador pueda obrar» por estimar necesario «que alguno prepare para él los materiales de estudio, analice con objetiva imparcialidad los institutos vigentes, los esclarezca en su génesis histórica»; acertada concepción de lo que debe ser el papel de la Historia del proceso. El desarrollo del tema, una vez examinada la evolución histórica y comparativa de la institución, constituye probablemente la obra más profunda que sobre la materia se ha escrito. (Bien es verdad que la parte dedicada al ordenamiento español es escasa. ¿Había, en la época, suficiente bibliografía de calidad sobre nuestro sistema casacional? ¿Había vínculos de conocimiento y correspondencia constante con los juristas italianos para facilitar a éstos su acceso y estudio? No ocultó su preocupación Calamandrei sobre este último punto, hasta los últimos tiempos de su vida. «No», contestaba él mismo a la segunda pregunta, y ahí una de las ideas motrices de un «Instituto» de Derecho procesal comparado italo-ibero americano.)

Recuerdo los «Studi di Diritto Processuale civile» (Padova, desde 1930; trad. española de una selección, por Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945), en que el Maestro fue recogiendo su labor monográfica.

Recuerdo, entre ellos, el referente a los «Límites entre Jurisdicción y Administración», muestra de una de las permanentes preocupaciones que le embargaban; «La definición del hecho notorio», obra de oportunidad pre-legislativa de gran valor; la finísima «Génesis lógica de la sentencia civil»; y una notable serie de trabajos sobre la naturaleza de este acto, sus efectos y de los recursos: «Vicios de la sentencia y medios de gravamen»; «La sentencia subjetivamente compleja»; «La sentencia civil como medio de prueba»; «La sentencia como acto de ejecución forzosa»; «La sentencia declarativa de la quiebra como providencia cautelar»; «Eficacia de la sentencia declarativa de la quiebra», y tantos otros más.

No abandonó Calamandrei la dirección metodológica ya seguida en «La casación civil»; su atención se ve atraída por las relaciones existentes entre la labor de un Juez y la de un historiador. Su preocupación por el método le lleva a exposiciones de gran finura jurídica,

sociológica y psicológica: citemos el ejemplo de su «Diritto processuale e costume giudiziario»; «Giustizia e politica: sentenza e sentimento»; «La crisi della motivazione»; «La dialetticità del processo»; «Il rispetto della personalità nel processo» (conferencias pronunciadas en la Universidad Nacional de México, reunidas en un volumen intitulado «Processo e democrazia», Padua, 1954); «Processo e Giustizia» (en «Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale civile», de Florencia, 1950, Padua, 1953).

En tal terreno, la finura y sensibilidad que Calamandrei ha mostrado, cuidándose de las relaciones entre lo procesal y lo constitucional —de ello hablaré después—, le lleva a examinar meticulosamente las doctrinas procesales a que se imputó exceso sociológico —cito aquí a otro gran Maestro, también desaparecido y llorado; a James Goldschmidt—; si Calamandrei adoptó, con respecto a su doctrina, una posición, primero, de crítica (cfr. «El proceso como situación jurídica», en «Rivista di Diritto Processuale civile», 1927, I, trad. española de Sentís Melendo en «Estudios», cit.), más tarde, al asociarse al homenaje póstumo al Maestro germano («Un maestro de liberalismo procesal», en los vol. de la «Revista de Derecho Procesal», de Buenos Aires, dedicados en homenaje a Goldschmidt, 1951), se acerca considerablemente a él; su resumen de la obra del fallecido Profesor de Berlín puede aplicarse en gran medida a él mismo: «Es fácil —dice— cuando uno se pone a estudiar cómo se comportan en realidad en el proceso los hombres vivos, partes y jueces, caer en la sociología o en la psicología; pero la teoría de Goldschmidt, aun llevando la construcción dogmática hasta los límites extremos, más allá de los cuales comienza la investigación sociológica o psicológica, ha permanecido, sin embargo, en el campo del derecho, logrando, más que cualquiera otra, dar al proceso civil una reconstrucción jurídica adaptable y flexible, capaz de ajustarse a todos los accidentes de la táctica procesal, y de individualizar, con fórmulas apropiadas, su función específica».

A ello proveía Calamandrei que, sin prescindir de su formación cultural general y jurídica, entraba en la piel del «hombre de la calle», que, a través de él, pasa a ser, de un expediente polémico, una figura no ficta, sino viva, con la cual es peligroso dejar de contar.

La atención despertada en el profesor de Florencia por las instituciones políticas y sociales —históricas y actuales— (aunque en este

punto dice él mismo basarse mejor en el examen de la realidad social y su proyección en el campo de lo procesal), le llevó a escribir una pequeña monografía que personalmente estimo como de las más acertadas y brillantes de las suyas: «La relatividad del concepto de acción» (destinada a los Estudios en honor de Santi Romano; también en «Rivista di Diritto Processuale civile, 1939, I; trad. española, Sentis, en «Estudios», cit.). El «relativo» pesimismo que entre líneas pueda leerse en cuanto a la valoración de las doctrinas procesales halla su reacción más optimista en los últimos años de la vida del Maestro; las circunstancias sociales han evolucionado en sentido más favorable; la actuación de Calamandrei nos muestra cómo ya no estimaría a nuestro Don Quijote a modo de «un perturbado peligroso»; él mismo ha estado comportándose, a lo largo de muchos años, como un Don Quijote, personaje no incompatible con el «hombre de la calle», en quien Calamandrei pretende encarnarse a menudo por ser una constante en la Historia de la Humanidad.

El sentido de la Justicia y de sus aledaños lo manifiesta espléndidamente Calamandrei en extremados estudios—no sólo jurídicos—de las relaciones entre magistratura y abogacía, así como de la situación de la abogacía ante la Sociedad; «Demasiados abogados» (traducción española de Xirau, Madrid, 1926); «Elogio de los jueces escrito por un abogado» (tres ediciones; trad. española de la primera, por Sentis y Medina, Madrid, 1936; a punto de publicarse la de la tercera, en Buenos Aires); «De las buenas relaciones entre los Jueces y los Abogados en el nuevo proceso civil», trad. española Sentis Melendo, Buenos Aires, 1943; obras magistrales desde todos los puntos de vista, que encierran fuentes de sapiencia jurídica y social con la vista puesta en la Justicia.

La aportación de Calamandrei a la obra legislativa italiana fue trascendental: de gran intensidad su intervención en la preparación de lo que luego fue el «Codice di procedura civile», formando parte de una famosa Comisión con los Profesores Redenti y Carnelutti y con el Magistrado de Casación, Conforti.

Desde los inicios de la República italiana aportó su concurso como parlamentario, y en su obra puede verse la preocupación, que le llevaba hacia el Derecho constitucional, y aún más alto que éste, para fondear en puerto seguro una de las anclas del proceso.

«Hay que recordar—decía—que también el proceso es esencial-

mente el estudio del hombre: no olvidar jamás que todas nuestras simetrías sistemáticas, todas nuestras *elegantiae juris*, pasan a ser esquemas ilusorios si no nos damos cuenta que bajo ellos, de verdad y vivo, no hay más que hombres, con sus luces y sus sombras, con sus virtudes y aberraciones; no el testimonio en abstracto, sino aquel testigo veraz o mendaz; no el juramento, sino el escrúpulo religioso de aquel creyente o la indiferencia escéptica del no creyente que jura; no la sentencia, sino aquel juez con su ciencia y conciencia, con sus atenciones y distracciones; criaturas vivas, llenas, no de pura lógica, sino también de sentimiento y de pasión y de misteriosos instintos. Hoy se habla mucho en el campo del Derecho penal de la necesidad de tornar humanas las penas, y esta exigencia se expresa con una palabra elegante, hoy de moda entre los penalistas: «humanización». Yo preferiría llamarla «respeto al hombre», «respeto a la persona», y desearía que este «personalismo» (adopto una expresión actualmente corriente entre los filósofos) comenzase a corregir desde ahora mismo los excesos del abstractismo y del dogmatismo, incluso en el estudio del proceso...»

La solución de este problema, que una serie de ilustres juristas parece desesperar de hallar (y de ahí un movimiento pesimista), la buscaba el Maestro florentino por una dirección en que coincide con otras grandes figuras: «Esta es la vía a través de la cual podrán ser puestos en evidencia, como ya ha comenzado a hacer, en un ensayo magistral, el querido amigo uruguayo Eduardo Couture, los estrechos lazos que unen al Derecho procesal con el constitucional; en aquella parte proemial que en todas las constituciones de los Estados libres está dedicada a garantizar el respeto de la persona humana y la libertad de los ciudadanos, el proceso tiene una importancia preeminente» («Processo e Giustizia», 1950). Calamandrei captaba la trascendencia de la elaboración del ya desaparecido y también eminente jurista Couture (tendencia que modestamente ha seguido quien esto escribe). Ello llevaba al profesor de Florencia a mostrar su ansioso interés por el Derecho constitucional siempre que había ocasión (recuérdese ya uno de sus primeros trabajos: «Significado constitucional de las jurisdicciones de equidad», en «Archivio giuridico», 1921; trad. en «Estudios», cit.), y en especial por las construcciones positivas italianas y sus problemas, entre los que no es el menos grave el de las relaciones entre una nueva constitución, leyes correspondientes al

periodo y tendencias fascistas, y su aplicación por los Tribunales. El afán de su trabajo y amistoso le lleva en cierta ocasión a «que le salga un libro en vez de unas páginas» (carta al Prof. Redenti que precede a «La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile», Padua, 1950, con ocasión de los Estudios en honor de aquel Maestro). Recuérdense aquí, entre otros estudios, su introducción histórica al gran «Commentario sistematico alla Costituzione italiana» (por Barile y otros autores relacionados, Firenze, 1950), muestra de la agudeza con que Calamandrei interpretaba la evolución de la situación política y jurídica de Italia; «La Costituzione e le leggi per attuarla» (en el volumen «Dieci anni dopo», Laterza, 1955); «Vox constitutionis», «Sensibilità costituzionale», en su magnífica y famosa revista «Il Ponte», hasta «Corte costituzionale e autorità giudiziaria», uno de sus últimos trabajos, en «Rivista di Diritto Processuale» En. Mar., 1956, en el que imposta adecuadamente a la Corte costituzionale italiana y prevé y comenta sus relaciones con las autoridades judiciales; tuvo la fortuna el Maestro de ver en funcionamiento al Alto Tribunal italiano, por el cual tanto había abogado...

No nos puede extrañar que Calamandrei se alinee con quienes tenían lo peor de una excesiva «publicación» del proceso como la acometida en la Alemania nazi (así, cfr. p. ej., «Abolizione del processo civile?», en «Rivista di Diritto Processuale civile», 1938; diversas recensiones a las tendencias procesales de una serie de autores germanos); se alineó, lógicamente, más cerca de Goldschmidt. No cayó en excesos sociológicos ni psicológicos: muestra de ello es su inolvidable «Il processo come giuoco» (en los escritos en honor de Carnelutti; también en «Rivista di Diritto Processuale», 1950), precavido del «abuso del proceso», sin perder el rigor constructivo científico ni la preocupación «personalística» por el proceso (recordemos, entre otros, también su «Verità e verosimiglianza nel processo civile» en la misma revista, 1955).

Para cualquiera que haya seguido o siga la trayectoria científica del Maestro desaparecido, aparecerá, a su vez, nitidamente un largo periodo de madurez, prontamente adquirida y conservada hasta los últimos tiempos de su vida; madurez que nos lleva a pensar siempre en su «relatività», relatividad no totalmente pesimista ni acientífica, ni con los caracteres de un Kirchmann; cabe mucho pensar en esta relatividad no sólo histórica, sino social, económica y psicológica del

proceso, sin que por ello, abandonando el terreno jurídico, renunciemos a construir científicamente, para cada momento, el proceso como parte del edificio total de un país o región histórica; relativismo con que Calamandrei pone en guardia frente a los peligros del orgullo dogmático y lógico; contra el peligro de que tales edificios queden vacíos de su contenido—si es que los dotamos de él—y se llenen, por sorpresa para el jurista, de otra sustancia inopinada que incluso pueda destruir su razón de existir; relatividad que no deja de consolar nuestros esfuerzos, unciéndonos como un eslabón más en la cadena de la historia de los hombres, cadena que precisa no desconocer, ni en los eslabones menos próximos en el tiempo y en el espacio, ni en los en contacto directo con nosotros, ni en cuanto a la calidad y vínculos de aquellos que se construyen y seguirán construyendo fuera del ámbito de nuestra personalidad.

Pero esta relatividad reconocida no supone desesperanza, repito, ni pesimismo a ultranza, ni pasividad, confiando—a veces, cómodamente—en potencias superiores o ajenas; supone en Calamandrei, a la inversa, la necesidad de poner en acción todos los resortes del intelecto y comprensión humanos, de volverse en torno, de examinar todos los posibles puntos—no sólo jurídicos—, no de salvación inmediata, pero sí de enlace que nos ayuden a continuar el camino en la obra de intentar la Justicia; así, enérgicamente, actúa, trabaja, vive y muere el Maestro.

Excede ya del carácter de esta obra el preocuparse de la índole de toda una serie de sus obras fundamentales al menos; de sus conocidas «Istituzioni»; de sus trabajos sobre el proceso cautelar, sobre el monitorio, etcétera. Mas quien haya conocido personalmente a Calamandrei habrá visto en él no solamente al autor de dichas obras, sino también, y en facetas muy elevadas de su personalidad, al autor del «Elogio a los jueces»; al celoso vigilante del Derecho constitucional; al enamorado de una concepción del Derecho que surge de obras como las de Cesare Beccaria (Calamandrei se cuida de reeditar su «*Dei delitti e delle pene*» en ed. sencilla pero bellísima—2.ª edición, Firenze, Le Monnier, 1950—, a la que pone un significativo y hermoso prefacio), sin disminuir por ello en su rigor en la simetría que con él alcanza nuevos matices; al estudioso de la Historia, y no sólo del Derecho, sino de toda la Civilización (recuerdo su interés y sus trabajos sobre la figura del genial Benvenuto Cellini); al literato

que nos sirve en su «Inventario della casa di campagna» una bella colección de recuerdos, de hermoso estilo, digno de antologías, descubriendo a la vez—a quienes no le conocieron—su carácter; al bibliófilo; al enamorado de Italia y de Florencia en especial; al artista, en fin, cuya obra se comprende no sólo como de ciencia, sino por su estética literaria que en no poco contribuye a su atractivo y posibilidad de comprensión.

Al gran Maestro, se unía un grande y leal amigo. No seré yo sólo quien no olvide su hospitalidad en Florencia y en su amada casa del mar, en «Poveromo»; su conversación, su finura espiritual, su sensibilidad, en fin.

Como en tantos otros casos, Florencia entregó al Mundo un grande hombre. Y como en tantos otros casos, se encargó también de entregarle los instrumentos con que grabar imperecederamente su nombre.

* * *

1. Desde hace ya bastante tiempo se percibe una lucha que se ha transmitido hasta nuestro tiempo en torno a la amplitud del recurso de casación español. Ya desde el siglo pasado se abrió camino la idea de que, o bien la «casación» debía ser simplemente una instancia más, o bien la de que, al recurso ya instaurado con ese nombre, debería abrirsele un cauce mucho más amplio, que lo haría derivar, en realidad, hacia la primera tendencia, esto es, hacia una tercera instancia con más o menos limitaciones. En cuanto a éstas, no puede decirse que exista acuerdo.

Frente a tales ideas se halla la posición de quienes pretenden conservar el recurso de casación tal como está, esto es, en lo que podríamos llamar hiperbólicamente «el máximo de su pureza», aunque esta pureza es muy relativa.

Por esto es de actualidad estudiar una vez más cómo se concibió y desarrolló el recurso en España; lo que sobre la materia se ha publicado, siendo muy meritorio, no pone, a nuestro entender, suficientemente de manifiesto cómo pensaban y actuaban los partidarios de la «casación más pura» (permitase esta expresión) frente a los más «moderados», esto es, a los que pretendían mantener una

instancia más, o transformar al Tribunal Supremo, ya desde su instauración en 1812, en un tribunal de instancia, desviando el nuevo recurso hacia uno más de los históricos de injusticia notoria o de segunda suplicación.

En esta situación se nos ocurre que sea interesante realizar un examen detenido de las ideas expuestas por los parlamentarios españoles en su actuación sobre el problema.

Son de mucho interés las palabras de GUASP sobre la explicación de la casación: se refiere a la «contingencia y relatividad que tiene la explicación dominante de la figura», esto es, a su explicación política.

A esa misma relatividad histórica de la fecundidad de los conceptos se ha referido en muchas ocasiones nuestro Maestro, CALAMANDREI, y a él hemos seguido nosotros mismos en múltiples ocasiones.

Pero es esa misma relatividad histórica, que rige a lo político como rige a lo jurídico, la que nos impulsa aún más por el camino que GUASP conoce, pero que no parece interesarle desde el punto de vista de los estudios procesales (aunque, por cierto, vemos que ahora ha insertado unas nociones de Historia del proceso en su última obra «Derecho Procesal civil»). Entendemos que no se puede fijar un buen camino para el futuro (y en este «bueno», naturalmente, también hay relatividad) si no se explican las causas de los movimientos presentes a través del estudio de su pasado; para pronosticar acertadamente, hay que diagnosticar, y, para ello, es preciso conocer la historia clínica del paciente. Esto es, el procesalista debe estudiar los antecedentes de cada estado legislativo y de opinión actual; no con ánimo de hacer arqueología del Derecho, sino de llegar al estudio de la situación actual sobre una base de conocimientos firmes.

Y este estudio, en lo que se refiere a la casación, entendemos que no puede desarrollarse examinando otra cosa, fundamentalmente, que los puntos de conexión entre lo jurídico y lo político. Pues omitirlo sería descuidar el hecho histórico de que el recurso de casación, actualmente piedra clave del edificio jurisdiccional de tantos Estados, tuvo, aparte de un nacimiento indudablemente basado en un movimiento político determinado, un desarrollo interferido e influido en muchas ocasiones por motivaciones políticas. Apareció como resultado del desarrollo inmediato de principios o bases normativas constitucionales, sentadas a su vez como consecuencia de fenómenos

históricos de enorme envergadura, a los cuales se quería favorecer, o bien combatir—desde el punto de vista contrario—por medio de armas potentes. En este último caso está el fenómeno histórico de la lucha contra la unificación o confusión de los poderes estatales en una sola persona o entidad, combate que aún no ha terminado actualmente.

2. Asistimos, lo creemos cierto, a un fenómeno histórico que pudiéramos denominar de «desnaturalización política» o de «despolitificación» de la casación. Pocos serían los juristas españoles que pretendieran, hoy, tornar a un sistema de «casación pura» como el concebido por los teóricos franceses de 1789, a no ser que este sistema se reconstruyera con independencia de lo que hoy llamamos «casación». Y, aún así, es muy posible que, otro fenómeno histórico aparecido como consecuencia de la aplicación de los principios de la Revolución francesa (esto es, el de haberse restituido a su esfera propia el Poder Judicial, entonces tan temido, no siendo en la actualidad intenso el temor de que cometa invasiones del terreno de los demás Poderes estatales), hiciera inútil esta reconstrucción.

Y para desarrollar este tema hemos creído fundamental, como se insinuó, el examen de las discusiones parlamentarias españolas sobre puntos fundamentales de nuestro recurso.

En estas discusiones hallamos como protagonistas a elementos de diversas escuelas y tendencias políticas que, de modo natural, suelen inclinarse insensiblemente o sensiblemente en materia de casación, hacia las seguidas desde el punto de vista político por la tendencia política a que ellos están ligados.

Recuérdese aquí la brillantísima exposición y consecuencias que CALAMANDREI extrajo de la discusión en la Asamblea francesa en 1790; querriamos aspirar a desarrollar aquí, para España, lo que el desaparecido Maestro hizo para Francia.

La interferencia de los problemas constitucionales en materia de casación, en España, ha sido casi constante; bien el recurso (u otro supremo de cuyo tipo nos ocuparemos ahora) penetraba a través de una Constitución, en cuyo caso la discusión de su proyecto se desarrollaba en el seno de la discusión constitucional; bien, en otra ocasión, se discutía sobre la casación en un momento en que España estaba elaborando una nueva Constitución a través de su Parlamento, dán-

dose el contrasentido de que apareciera la garantía antes que el derecho (nos referimos a la LEC de 1855); bien, como consecuencia de procederse a elaborar una ley sobre casación con anterioridad a las Leyes Orgánicas del Poder Judicial (en 1870), aquella ley tendría carácter «provisional» con todos sus inconvenientes. (Y nótese, que alguna Constitución española había declarado a las leyes de organización de los Tribunales como parte integrante de la Constitución: art. 92 de la «nonnata», de 1856.)

Si reunimos a estos factores históricos el hecho de que a partir de Cádiz se siguió, en general, un sistema político que aceptaba como propios e informantes no pocos dogmas correspondientes a la Revolución francesa, expresándolos constitucionalmente, comprenderemos la trascendencia que tiene el examen del espíritu de los legisladores españoles en cuanto al recurso de casación, puesto que así contemplaremos con mejor perspectiva su obra, vista por ellos como políticos, como juristas doctrinales y prácticos, como intérpretes de anhelos del Foro y Magistratura, como jueces y justiciables, como hombres y españoles, en fin.

Esta tarea, que debería llevarnos a recorrer todos los Parlamentos españoles en que se discutieron temas de casación, ha de limitarse, por el momento, desgraciadamente, al examen de lo ocurrido en las Cortes de Cadiz (1810-1813), en donde surge el Supremo Tribunal de Justicia, y un recurso llamado de «nulidad» en que se ha querido ver, o una casación o el origen de la misma en España.

El enorme interés de estas Cortes y la trascendencia de su trabajo en cuanto a dicho recurso para el desarrollo posterior del recurso de casación nos ha movido a examinar detenidamente cuanto en ellas se refirió al recurso de nulidad. Es el pulso de estas Cortes el que nos puede guiar a través de todo el siglo XIX hasta la actualidad, para darnos razones de la diversidad de tendencias sobre el actual recurso. Si allí se imaginó una casación pura, ésta se desvirtuó; pero más lógico es que si ya se imaginó un recurso que no era el de casación o una casación desvirtuada en cuanto a sus premisas políticas necesarias, la evolución desde este punto de partida nos llevase mejor hacia un tipo de medio de impugnación más abierto hacia la esencia de una instancia más.

No hemos sido capaces de resumir en pocas palabras el contenido de las discusiones; en esta materia la síntesis sería peligrosísima;

hay que oír a los legisladores y comentar sus palabras textuales. De aquí la imposibilidad de salir de estas solas Cortes en el marco de tiempo fijado para una conferencia. Nuestra labor continuará, desde luego, pero creemos que nunca se podrá sintetizar excesivamente sin peligro de desvirtuarla; es de enorme extensión el tema planteado.

3. Toda una serie de autores españoles se refieren al recurso de nulidad introducido para ante el Tribunal Supremo por la Constitución de Cádiz: A), como origen de la casación; B), como ya una casación; C), como un recurso análogo a ésta. Recordemos, entre muchos otros, en cuanto a la primera tendencia, a PRIETO, GÓMEZ ORBANEJA, PLAZA; en cuanto a la segunda, a GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, a PANTOJA, a LASTRES, a REUS, a MANRESA, a FÁBREGA; en cuanto a la última, al Diputado PORCEL en 1813, a VICENTE Y CARAVANTES, a ORTIZ DE ZÚÑIGA. Nótese que en esta incompleta relación hay nombres de gran influencia en materia legislativa; añadamos el constante recuerdo, en discusiones parlamentarias posteriores, del recurso de nulidad de 1812, como entrada de la casación en España.

Esto justifica que estudiemos si aquel recurso se podía identificar o era análogo a la casación originaria francesa en alguna de sus manifestaciones; y si no lo era, cuál era el objetivo que los legisladores de Cádiz se propusieron, y cómo sustituyeron el mecanismo francés de la casación a efectos de garantía de separación de los Poderes estatales.

4. Recordemos aquí los motivos básicos de la instauración en Francia del recurso de casación por la Asamblea Constituyente en 1790: protección de los principios supremos de separación de los Poderes estatales y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

El principio de separación de poderes, para evitar los excesos que el Poder judicial había cometido durante el «ancien régime»; tanto los habían cometido los Parlamentos contra las Ordenanzas emanadas del Rey, como el propio «Conseil des parties» —origen de la casación— que vino a llegar a ser un instrumento arbitrario del despotismo absolutista.

Hay que observar aquí que los legisladores de 1790 y posteriores dirigieron a la casación solamente contra posibles abusos del Poder judicial frente al Legislativo, mas no a la recíproca. Aquí hay que

hallar una de las razones históricas de la profunda evolución experimentada por el recurso de casación desde entonces, pues al disminuir ese temor al Poder judicial la institución se desvirtuaba en su pureza. Esto es lo ocurrido, en síntesis, en Francia.

Mediante la implantación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley se trataba de conseguir, entre otros resultados, el de evitar que la ley, la «ley» rousseauniana, pudiera asumir significados diversos en su aplicación a los casos concretos. La interpretación judicial del Derecho constituía, a los ojos de los revolucionarios, un peligro contra ambos principios.

Siendo la prístina función de la casación la de defender, mediante su control al Derecho objetivo (nomofilaquia), su función de regular la interpretación del Derecho objetivo a través de la unificación de la jurisprudencia, aparece con posterioridad a la primera. Y esto es lógico, pues los revolucionarios evitaban dicha interpretación por medio del «référé» al legislador, esto es, bien una consulta por el tribunal al Poder legislativo para que éste interpretase auténticamente una ley dudosa, bien por medio de una anulación e interpretación auténtica formuladas por este Poder después de dos recursos de casación iguales sobre fundamentos iguales.

Recordado ya que la primitiva función de la casación francesa revolucionaria fue la de controlar la aplicación del Derecho objetivo en defensa del mismo contra posibles abusos de los tribunales, pasemos a examinar algunos textos de la Const. de Cádiz:

El principio de separación de poderes aparecía en los artículos 15, 16 y 17; este último decía:

«La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la Ley.» No dio lugar a discusión alguna este artículo; la desconfianza de las Cortes se manifestó al discutirse el artículo 15, con respecto al Rey. Y los hechos demostraron, en 1814 y en 1823, cuán fundada era esta desconfianza de toda una serie de Diputados si pensaban en Fernando VII.

Este principio se desarrolló en el Título V de la Constitución; el artículo 242 reproducía en esencia al 17, y el 243 contemplaba el problema desde la vertiente de los Poderes legislativo y ejecutivo; el 244 fijaba la uniformidad de las normas procesales ante todos los Tribunales.

El artículo 259 creaba un Supremo Tribunal de Justicia, y el

261 fijaba las facultades del mismo, muy heterogéneas. Entre ellas interesa específicamente la 9.ª:

«Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254. Por lo relativo a Ultramar —añadía—, de estos recursos se conocerá en las Audiencias en la forma que se dirá en su lugar.»

Y es completada por la 10.ª atribución del Supremo Tribunal de Justicia, que estimamos ha sido descuidada en su estudio:

«Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la correspondiente declaración en las Cortes.»

En el primer inciso del artículo 261, 9.º, aparece el famoso recurso de nulidad; el artículo 254, al que hace referencia, dice:

«Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren.»

5. Este artículo (254) fue aprobado el 20 de noviembre de 1811, sin que se hiciera en la discusión mención alguna sobre su posible relación con el futuro 261, 9.º, en cuanto a la amplitud de las nulidades en el proyecto de éste previstas. Recuértese este hecho, que después surgirá su trascendencia.

Pero de la discusión pueden extraerse consecuencias de estas manifestaciones del Diputado LUJÁN sobre la responsabilidad judicial:

«Esta responsabilidad tan apetecida —decía— será nula si en algún caso deja la ley a los jueces guardar o no la formalidad que debe arreglar el proceso; si queda en arbitrio extender o restringir los términos o dilaciones de las causas; y en una palabra, si no se dispone que la ley sea solamente la que regule los litigios, la que conceda sus términos y la que señale todas las formalidades que debe haber en todas y cada una de sus complicadas y variadas actuaciones...»

«El Juez es una ley que habla», resumía. Recordemos palabras semejantes en boca del Canciller D'AUGUESSEAU, autor del Reglamento francés de 1738 y precursor del recurso de casación Revolucionario.

Apunta en LUJÁN el clásico argumento de la arbitrariedad de los

jueces al interpretar disposiciones dudosas o vagas, argumento básico contra el que en Francia se elevó como dique, la casación, pero con esta fundamental diferencia: la casación francesa, por sus fundamentos doctrinales, tendía predominantemente a combatir la interpretación de las leyes materiales; la Constitución de Cádiz (y la argumentación de LUJÁN no se sale de este punto, lo que es de gran interés) se dirige a combatir los abusos en la interpretación de las leyes procesales.

Reiteramos, además, la observación ya hecha de que en la discusión del artículo 254 ni LUJÁN ni ningún otro de los intervinientes (CALATRAVA, ANER, ESPIGA, DOU, CREUS, ZORRAQUÍN, ARGÜELLES, VILLAFANE, ZUMALACÁRREGUI, VILLAGÓMEZ, MENDIOLA, MORALES GALLEGO y AZNÁREZ) hicieron mención alguna del problema de las nulidades a que se iba a referir el artículo 261, 9.º, en relación con el que se discutía; por lo que en su momento se habrá de interpretar éste literalmente, entendiéndose que *toda* infracción de ley procesal podía dar lugar al recurso de nulidad.

El párrafo 10 del artículo 261 es de gran interés, aunque no se refiera directamente al recurso de nulidad: «Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere para que promueva la conveniente declaración en las Cortes».

Se trata, a nuestro entender, de una manifestación de la figura del «référé législatif facultatif» francés fijado en el Decreto de 16 de agosto de 1790, artículo 12, Título II, destinado a evitar que tales dudas movieran a cualquier tribunal a una interpretación abusiva de la ley; a tal efecto, se dirigía consulta por el Tribunal al Poder legislativo para que éste produjera una interpretación.

Pues bien, el artículo 131, 1.º, de la Constitución de Cádiz, refiriéndose a las facultades de las Cortes, les concede la de «proponer y decretar las leyes e *interpretarlas* y derogarlas en caso necesario».

Este «référé» legislativo, que creemos ha sido olvidado por los procesalistas, nos da un camino de garantía política que viene a sustituir en no escasa medida a la constituida por la casación en Francia; aquí, la garantía de la separación de los Poderes estatales se defiende no al Judicial (casación), sino al Legislativo. El artículo 261, 10.º, en relación con el 131, 1.º, nos da la clave del porqué no hay en la Constitución de Cádiz un recurso de casación por «viola-

tion de la loi», si bien con este sistema no dejan de abrirse lagunas.

Ni el artículo 261, 10.º, ni el 131, 1.º, dieron lugar a discusión. En el 131, 1.º, se trató brevemente sobre la palabra «proponer», mas no sobre el «interpretar», por VILLANUEVA y MUÑOZ TORRERO.

6. Entrando en el examen del artículo 261 de la Constitución hay que hacer constar ante todo que, aun prescindiendo de la naturaleza del recurso previsto en su párrafo 9.º, no era un Tribunal de casación puro: basta ver sus atribuciones en materia de conflictos de competencia y criminales para conocer y juzgar de delitos cometidos por altas personalidades políticas, etcétera.

En la discusión sobre el Supremo Tribunal de Justicia (artículo 259), el CONDE DE TORENO, repitiendo una vez más el tema del temor a posibles abusos del poder judicial («leit-motiv» de la casación francesa), decía:

«La potestad legislativa es la menos temible de todas; la remoción frecuente de sus individuos, elegidos por los ciudadanos; la publicidad de sus sesiones... y lo numeroso de su corporación, reunida en un solo punto..., hacen muy difícil se desmande en perjuicio suyo por la naturaleza de su forma». «No así las potestades ejecutiva y judicial, especialmente la última.» (Sesión de 21 de noviembre de 1811.)

El temor manifestado por el CONDE DE TORENO con motivo de las atribuciones penales del Tribunal Supremo de Justicia se justificaba en una oración de MORALES GALLEGO, hablando de la necesidad de «poner una regla fija en el sistema judicial para que tengan término los pleitos», que era «asunto que, en verdad, requiere una reforma tal que evite en lo sucesivo la arbitrariedad de los jueces, nacida en gran parte de la confusión de las leyes. Ésta, y el abuso que se ha hecho de ellas, introdujeron la mala costumbre de que el Consejo (entiéndase de Castilla) avocara a sí el conocimiento de muchos negocios, arrebatando los autos de los tribunales territoriales por medios no conocidos, y atribuyéndose facultades muchas veces contrarias a las leyes». (Sesión de 28 de noviembre de 1811.)

Téngase en cuenta la «Planta» del Consejo de Castilla y su actuación confusa; la posición de MORALES GALLEGO es paralela a la de los representantes franceses opuestos al «Conseil des parties» en la Asamblea Constituyente.

Aprobado, tal como está el párrafo 9.º del artículo 261, ZORRAQUÍN propuso una adición muy interesante.

Hela aquí textualmente:

«Pertenece igualmente al Supremo Tribunal de Justicia el conocer (por el recurso que se estime más conveniente) del abuso que los jueces hicieran de su autoridad en la mala aplicación de las leyes en la tercera instancia, a efectos de reparar el agravio que con esta determinación se causaría, y exigir la más estrecha responsabilidad de los jueces por el cumplimiento sustancial de sus deberes.»

Fijémonos bien en la frase «abuso que los jueces hicieran de su autoridad en la tercera instancia, a efectos de reparar el agravio que con esta determinación se causaría».

¿Estábamos ya nada menos que ante un proyecto de instauración de lo que luego se llamó en España «Recurso de casación por infracción de ley», aumentando en ella el interés particular y teniendo ya el Tribunal Supremo jurisdicción positiva?

No, no era éste el caso. ZORRAQUÍN estaba imbuido por la idea de convertir al Tribunal Supremo en un Tribunal de instancia, idea que se transmitió hasta nosotros a través de todo el siglo XIX; comenzaba ya la lucha entre la tendencia «casacionista más pura» (permitase de nuevo esta expresión, también relativa) y la favorable a un recurso supremo más o menos emparentado con una instancia. Él mismo lo reconoció, al rectificar, diciendo no haber pretendido referirse «precisamente al recurso de injusticia notoria ni a otro alguno, sino que sólo al ciudadano agraviado por la tercera instancia quedase el arbitrio de una cuarta instancia». («Diario de Sesiones» del 30 de noviembre.)

La adición de ZORRAQUÍN se discutió con el artículo 262, referente a que todas las causas civiles y criminales fenecieran en el territorio de las audiencias. En la discusión se manifestó, por boca de ANER, la necesidad de crear una cuarta instancia ante el Tribunal Supremo para los casos en que la Sala de revista de la Audiencia revocase las dos sentencias anteriores; se manifestó una especie de cálculo de probabilidades según la combinación de los resultados de las sentencias de instancia por su orden, con escasa altura jurídica; se oponía MORALES GALLEGO a la admisión de un recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, imbuido por el temor a los abusos suce-

didos con el Consejo de Castilla; rectificaba ARGÜELLES, por la Comisión:

«El recurso de nulidad —decía— tendrá solamente lugar en los casos en que no se observen en la tercera instancia las formalidades que la Ley prescriba para el examen de las causas». «Declarada la nulidad —continuaba—, el proceso se devolverá a la Audiencia respectiva...» No dejando de protestar contra el recurso de injusticia notoria, en términos crudísimos en cuanto a su nombre, proponiendo, naturalmente, su supresión.

En la discusión de la adición de ZORRAQUÍN se reprodujeron parecidos argumentos, y su propuesta fue rechazada, desapareciendo así los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación, lo mismo que desaparecía el Consejo de Castilla. El único recurso de que conocería el Supremo Tribunal de Justicia sería el de nulidad, sin que haya en la Constitución texto alguno, ni en su discusión indicio de ningún género que permita mantener por el momento postura diferente.

Todo lo expuesto deja perfectamente claro que en la discusión, centrado el problema sobre el de las instancias, no se hizo alusión alguna al recurso de casación, y menos al de casación por infracción de ley; el recurso de nulidad fue explicado por ARGÜELLES como limitado a controlar por el Supremo Tribunal de Justicia «la observancia en la tercera instancia de las formalidades que la ley prescriba para el examen de las causas», y así quedó también este recurso en el Reglamento de Tribunales de 9 de octubre de 1812.

7. A la vista de este panorama histórico intentaremos interpretar doctrinalmente la labor de las Cortes.

Según CALAMANDREI, el hecho de admitirse en Francia, por el Decreto de 27 de noviembre-1.º de diciembre de 1790, el recurso de casación por causa de «un procedimiento en el que se hayan violado las normas procesales» siempre que se trate de «formas procesales prescritas so pena de nulidad», desnaturalizaba el sentido político de tal recurso.

En efecto, esta ordenación tenía su base en el pensamiento de que también las normas procesales eran leyes que el Juez debía respetar. Pero era esto lo que desnaturalizaba políticamente a la casación, por no tener en cuenta la profunda diferencia existente,

desde el punto de vista político, entre la violación de la ley cometida por el Juez «in judicando» y la cometida «in procedendo»; la primera constituía un abuso de la facultad de «declarar» la ley, lo que constituye el oficio característico y exclusivo del Juez, mientras la segunda no difiere de la simple inejecución de un precepto jurídico que puede ser cometida por cualquier funcionario o por cualquier ciudadano, de suerte que sólo en la primera podía verse el abuso del Juez frente a la voluntad del legislador, abuso a que tanto temía la Revolución francesa, y que fue precisamente la base de la casación.

Esta confusión de los juristas revolucionarios franceses provenía de la confusión ya sufrida por el «ancien régime», para el cual, en toda violación, por los Tribunales, de Ordenanzas reales, había un error «in procedendo» por cuanto que se actuaba de modo diverso a como ellas ordenaban, «proceder».

Al tratar el Tribunal de casación francés de 1790 anulaciones por errores «in procedendo», entraba a examinar la relación procesal viciada, entraba en el conocimiento de los hechos, puesto que debía dedicarse a examinar cuál habría sido el hecho del juez que constituía tal error, y solamente podía anular cuando esta investigación de los hechos diera resultado positivo. Ahora bien, con ello el Tribunal de Casación se salía de su principio general: «En matière de cassation, le Tribunal ne pourra jamais connaître du fond des affaires» (art. 20, Cap. V, de la Constitución de 1791). Además de esta consideración, que el Maestro italiano basa en su concepción sobre la actividad del juez al aplicar normas procesales a lo largo del juicio (y que plasmó en su aguda crítica a BELING sobre la distinción de los errores «in judicando» y los errores «in procedendo»), la desnaturalización política de la casación, ya producida por esto, se aumentaría si solamente se admitiera la casación por algunos errores procesales, esto es, «por los cometidos sobre normas prescritas bajo pena de nulidad»; y esto, por la razón de que, de aceptar en principio la idea de la casación por quebrantamiento de forma, habría que extenderla a la de todas las normas procesales, por mostrarse en todos los casos la voluntad de violar la ley.

Al admitir, pues, la casación por infracción de normas procesales, el recurso francés se desnaturalizaba políticamente, y aún más, pasando de un criterio político a otro procesal, si solamente se aplicase a la violación de ciertas normas procesales y no a la de todas ellas.

Aplicando estas ideas al recurso de nulidad español de 1812, recordemos que en él se hace remisión al artículo 254, y que éste se refiere a «*toda* falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso», por lo que el recurso puede impostarse en el primer estadio de desnaturalización política a que se refiere CALAMANDREI.

Añade el profesor italiano, comentando el Decreto de 1790 y la Ley de 24 de Brumario del año IV, que, cuando la casación era pronunciada por error «in procedendo», el juez inferior estaba obligado a observar la formalidad procesal cuya inobservancia había sido puesta de manifiesto por el Tribunal de casación: decía este texto que «en los casos en que el procedimiento haya sido casado, será recomenzado a partir del primer acto en que las formas no hubieran sido observadas»; reposición al estado anterior, según la clásica fórmula española.

Para nuestro caso, ARGÜELLES, el miembro de la Comisión que mejor sentido jurídico demostró a lo largo del debate, decía:

«Declarada la nulidad, el proceso se devolverá a la Audiencia respectiva, para que, repuesta la causa a su anterior estado, se vuelva a ver por el Tribunal que la cometió.»

Con esta frase se muestra cómo el recurso de nulidad no solamente atendía al interés público en exigir responsabilidad a los Magistrados de instancia, sino también al de las partes; el proceso se recomenzaba y terminaba de nuevo.

Es preciso formular claramente esta aseveración de ARGÜELLES, pues contribuye a aclarar la finalidad del recurso, que, según algún autor, tendría como única finalidad la de exigir la responsabilidad de los Magistrados, sin examinar con mayor detenimiento la importancia de las expresiones «reposición» y «devolución a la Audiencia» del proceso.

La solución pensada por ARGÜELLES aparece también plasmada en el Reglamento de Tribunales dictado por las propias Cortes el 9 de octubre de 1812; en él se previene que las partes han de ser emplazadas ante el Supremo Tribunal de Justicia para que «usen de su derecho» (art. 54, Cap. I); esto es, se da apertura al interés individual—no contemplado, fijémonos bien, por la primitiva casación francesa—; se previene también la ejecución provisional de las sentencias recurridas, bajo fianza (art. 48) «de estar a las resultas si se mandase reponer el proceso»; esto es, el proceso no había ter-

minado con el recurso; su finalidad no era solamente la de exigir responsabilidad a los Magistrados, sino también la de, provocada la nulidad, su reposición al estado y tribunal anteriores para su nueva instrucción.

La extensión del recurso de nulidad del artículo 261, 9.º, casi textualmente, a los Tribunales inferiores, por obra del citado Decreto, en su artículo 13, párr. 8.º, contribuyó también a demostrar que, al anular, el Tribunal Supremo no actuaba como un genuino Tribunal político de casación, sino como otro Tribunal cualquiera.

Así, pues, conociendo el Supremo Tribunal de 1812, de los «recursos de nulidad», no efectuaba una labor casatoria, según había sido pensada por los revolucionarios franceses de 1790.

Ello resulta de la propia «desnaturalización política de la casación» que aparece al admitirla por quebrantamiento de forma, de un lado, y del otro, del hecho, que surge en la Constitución de Cádiz, de combatirse el temido peligro de abuso del Poder judicial en la interpretación de las leyes materiales (causa genuina de la casación) no mediante un recurso, sino por un «référé» al legislador, por la consulta que a través del Tribunal Supremo se le había de efectuar por intermedio del Rey, para que el primero, de acuerdo con la facultad del artículo 131, 1.ª, interpretase la ley dudosa.

8. Así, pues, lo que por algunos se ha llamado «casación española» del artículo 261, 9.º de la Constitución de Cádiz, era una garantía procesal ascendida a la categoría política fundamental, pero muy escasa relación tenía con la verdadera casación política francesa y con sus motivos causales de aparición.

Podría decirse que, habiendo entrevisto o visto la Comisión de Constitución los dos caminos de elaboración de una garantía jurídica (de control de la observancia respectiva de las normas procesales de un lado, y de las normas materiales del otro), eligieron para aquel control, una solución que los legisladores franceses habían adoptado para este último caso, para la protección del Derecho objetivo material, y, en cambio, para esta protección, acudieron a abrir la vía interpretativa al Cuerpo legislativo, a través del «référé» del artículo 261, 10.º y del 131, 1.º

Esto es: si los legisladores de Cádiz previeron la necesidad de un mecanismo de control de la actividad de los Tribunales para ga-

rantizar la separación de los Poderes estatales ya instaurada, no lo desarrollaron, ni mucho menos, como sus compañeros franceses de 1790. La función fundamental que éstos le atribuyeron desde el punto de vista político, fue en España atribuida al Cuerpo legislativo; y la que desnaturalizaba políticamente a la casación fue exactamente la que se atribuyó al Supremo Tribunal de Justicia, pero con acusados matices privatísticos, de amparar también el interés de las partes.

Anotemos, por último, en cuanto a la discusión de la Constitución de 1812, el alto interés del movimiento a favor de ulteriores instancias, propendiendo a que el nuevo Supremo Tribunal de Justicia viniera a ser uno más de éstos; ello muestra el comienzo de una vía que se continúa a través de todo el siglo XIX, con impulso bastante para llegar hasta nuestros días; impulso que no logran frenar los que eran partidarios de una recepción total de la casación francesa. (Aunque fuera una casación a su vez ya muy evolucionada desde 1790.) El hecho de que este esfuerzo fuese de pocas consecuencias prácticas frente al primero puede tener una de sus razones motrices en la visión que ya tenían del problema de las atribuciones del Tribunal Supremo muchos de los legisladores de Cádiz.

9. Las Cortes continuaron su trabajo sobre el establecimiento del Supremo Tribunal de Justicia. En sesión de 20 de enero de 1812, el CONDE DE TORENO pedía que la Comisión correspondiente presentase un proyecto sobre el mismo; en la sesión de 17 de marzo de 1812—dos días antes de la solemne Promulgación de la Constitución—se presentaban las propuestas de cuatro Decretos (cuatro: uno, para el Tribunal Supremo de Justicia; otro, para el de Marina y Guerra; otro, para el Tribunal de Órdenes, y el último, para el especial de Hacienda): un paso más en el camino de despolitificación de la supuesta casación por lo especial de los demás tribunales superiores; desigualdad de los ciudadanos por razón de su estado o actividad.

En dos Decretos de 17 de abril de 1812 se fijaba el modo de nombrar los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia y las cualidades que habrían de reunir; se hacía alguna referencia a las atribuciones del Alto Tribunal, pero sin aclarar nada en cuanto al recurso de nulidad.

El 20 de junio de 1812, con ocasión de su instauración, pronunciaba solemne discurso el Presidente del nuevo Tribunal Supremo —el primero de la larga lista—, D. RAMÓN DE POSADA Y SOTO; este señor no hizo referencia alguna al recurso de nulidad. Al día siguiente, las Cortes iniciaban la discusión de un proyecto de Reglamento de Audiencias y Juzgados de primera instancia, que había de contener normas sobre el recurso de nulidad.

10. La discusión fue muy prolija y confusa, y con razón. No es posible que unos ciudadanos deliberen con tranquilidad y dediquen plena atención al estudio de estos y otros problemas jurídicos cuando de vez en cuando se interrumpe el debate para que las Cortes conozcan acontecimientos históricos tan retumbantes, en los sentidos figurado y propio de la palabra, como la batalla de Arapiles.

Los artículos referentes al recurso de nulidad pasaron prácticamente sin discusión, la cual se centró, en general, sobre problemas de organización judicial. (Sesiones desde el 22 de julio de 1812, con intermitencias.)

El artículo 47 afirmaba la competencia exclusiva del Supremo Tribunal de Justicia para conocer de los recursos de nulidad «que se interpongan de las sentencias de revista de las Audiencias de la Península e Islas adyacentes, o de las de vista que causen ejecutoria».

El problema, como se ha insinuado, se resolvía de otro modo cuando se tratase de recursos de nulidad de Ultramar; en tal caso eran conocidos por otra de las Salas de la Audiencia, o por otra Audiencia, según los casos (artículo 268 de la Constitución), lo cual nos indica por otra vía la diferencia notable de este recurso con el de casación propiamente dicha.

Tiene interés para nosotros, especialmente, lo que prevenía el artículo 269 de la Constitución sobre el recurso de nulidad en Ultramar: «Declarada la nulidad, la Audiencia que ha conocido de ella dará cuenta, con testimonio que contenga los insertos convenientes, al Supremo Tribunal de Justicia, para hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 354».

Aquí, las labores de anular y reponer se encomiendan, evidentemente, a la Audiencia de Ultramar, y la de exigir responsabilidad a los Magistrados, al Supremo Tribunal, en la Península. ¿Qué haría la Audiencia con el proceso ya repuesto al estado anterior al acto

nulo? Entendemos, por los argumentos ya expuestos y los que aún se expondrán, que debía continuarse, a partir de tal momento, por el Tribunal que lo cometió.

Ya hemos visto también cómo en el Decreto de 9 de octubre se prevenía la ejecución provisional de las sentencias recurridas en nulidad, bajo fianza, para estar a las resultas en caso de reposición del proceso y de su devolución al inferior; el efecto que ocurre a la mente de modo más directo es el de continuar el proceso, y para estar a las resultas de esta continuación y de la nueva resolución es para lo que se exigiría la dicha fianza. Queda claro que el recurso de nulidad impedía la formación de cosa juzgada.

El artículo 53 se refería a la interposición del recurso de nulidad en la Sala de la Audiencia en donde se hubiera causado la ejecutoria, en el plazo de los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia (lo que también indica que se trataba de oponerse a la formación de la cosa juzgada); el 54, a la admisión del recurso por la Sala y remisión de los autos originales al Supremo Tribunal de Justicia, con citación de las partes «para que acudan a usar de su derecho», según su expresión, quedándose la Sala con testimonio a petición de parte. Y poco más hay de interés en este Reglamento en cuanto al recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo.

Es de interés el artículo 13, párrafo 8.º, de este Decreto, sobre las facultades de las Audiencias: «Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan de las sentencias dadas por los jueces de primera instancia en las causas en que, procediéndose por juicio escrito, conforme a derecho, no tenga lugar la apelación; cuyo conocimiento será para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254 de la Constitución».

En relación con este texto hay que notar, ante todo, que se utiliza casi la misma expresión gramatical que en el artículo 261 de la Constitución, lo que indica el ánimo del legislador de extender el recurso de nulidad a otros Tribunales.

Con ello queda eliminada la idea de que este recurso pudiera tener su base en infracción de normas materiales (la «violation de la loi» de la casación francesa). Y de otro lado, en este caso, el recurso de nulidad queda reducido a una especie de «apelación por quebrantamiento de forma» ante las Audiencias; se encomienda a

estos órganos, Tribunales característicos, sin que en torno a ellos surjan dudas como las que surgieron y fundadas en torno a la calidad de organismo jurisdiccional del Tribunal de Casación francés primitivo. Una vez más, con esto, caen por su base todas las demás posibles elucubraciones en torno al artículo 261, 9.º, y su posible relación con el recurso francés originario. El pensamiento de los legisladores se aclara; el recurso de nulidad español tiene un móvil fundamental que no es el de la casación francesa, y que, según algunos autores, lo desvirtúa además.

El recurso de nulidad de 1812 parecía que habría de aplicarse también a los juicios criminales, puesto que también se refería a las normas del proceso penal el artículo 254; mas no fue así. La Ley de 17 de junio de 1813, con objeto de que el castigo del delincuente fuese pronto, y a fin de evitar la posible abundancia de recursos derivada del deseo de diferir el cumplimiento de las condenas, excluyó al juicio penal de la posibilidad de dicho medio de impugnación; un paso más hacia la impostación de tal recurso como medio particular, no general, como una casación debía haber sido.

11. Terminando ya: podemos sentar las siguientes conclusiones que a otra mejor argumentación se someterán:

1.ª Los legisladores de Cádiz, aun mostrando su temor hacia posibles abusos del Poder judicial contra el Legislativo, no sintieron este temor en la medida de los legisladores franceses de 1790, si bien habían aceptado el principio político de separación de los Poderes estatales, al igual que ellos.

2.ª El temor hacia la arbitrariedad de los jueces se hizo sentir más bien con respecto a las normas procesales y su aplicación.

3.ª Las Cortes no previeron ningún recurso contra la violación por los jueces y Tribunales de normas materiales (errores «in judicando») con vistas a evitar su interpretación; antes bien, incluso suprimieron los antiguos recursos de injusticia notoria y segunda suplicación ante el Consejo de Castilla.

4.ª Las Cortes previeron, con el fin de evitar la interpretación de leyes dudosas que pudieran llevar a los Tribunales al abuso, un sistema de «référé» al legislador, por medio de consulta del Tribunal Supremo de Justicia a través del Rey, para que las Cortes mismas procedieran a tal interpretación.

5.^a Las Cortes regularon un recurso de nulidad que atendía solamente a controlar la observancia de todas las normas procesales hecha en el Tribunal inferior y en la última instancia, considerando no sólo el interés público a través de la exacción de responsabilidad a los Magistrados culpables, sino también el privado, por la reposición del proceso al estado anterior y devolución al Tribunal inferior para que lo continuase y sentenciase de nuevo.

6.^a Este objetivo, a conseguir a través del Tribunal Supremo de Justicia, lo extendieron también a favor de las Audiencias en los casos en que los jueces de primera instancia sentenciasen en juicios que careciesen de apelación.

7.^a Este recurso, concebido en tales términos, sólo podría compararse al de casación francés por violación de formas, esto es, a aquel que por el hecho de aparecer había ya desnaturalizado el propio recurso como medio de controlar la separación de los Poderes estatales; si contemplamos la influencia del interés privado, tal y como la vieron los legisladores de Cádiz, se concluye con la escasa relación entre ambos.

8.^a El recurso de casación propiamente dicho, esto es, por «violación de la loi» y con la finalidad prevenida por los legisladores franceses, no sólo no apareció en la Constitución de 1812, sino que en ella se ve un medio, legislativo, a través de actuación no jurisdiccional de un organismo *judicial* que la sustituye parcialmente (el «référé»).

12. Hemos tratado de examinar, sin prejuicio alguno y con la máxima objetividad, uno de los supuestos caminos y momentos de entrada del recurso de casación en España. La institución no aparece, como se ha visto, en sus líneas y motivos esenciales; lo que aparece, sí, es una garantía política y jurídica de tipo máximo; tan elevado, que consta en la Constitución; pero no es una casación propiamente dicha; no se tenía en España —o al menos no se demostró en 1811— tanto temor a posibles extravíos del Poder judicial como habían demostrado los juristas franceses renovadores del país; y fallando esta causa, al menos en su expresión, es lógico que no apareciera el efecto.

No podemos dejar de apuntar, como línea fundamental que debe conducir a lo largo del estudio de la evolución del recurso de casación español, el pensamiento citado; cuanto menos se temía al Poder judicial en relación con los demás del Estado, menos trascendencia política

pasaba a tener la interpretación judicial de las leyes, y, por lo tanto, la rígida diferenciación entre «Derecho» y «hechos».

Y sí es interesante constatar también cómo, después de momentos históricos en que el Poder legislativo ha predominado de modo notorio, aparece una desconfianza lógica hacia él; y así, por ejemplo, recordemos, en Francia, las atribuciones concedidas al Senado —ya en sistema legislativo de moderación, bicameral— por la Constitución del Año VIII (La Consular) sobre anulación de «actos que le sean deferidos como inconstitucionales por el Tribunado o por el Gobierno»; y tras el período revolucionario y Constitución de 1848 (de Poder legislativo unicameral), la Constitución de 1852 —la paralela a la del Año VIII, la que preludia el establecimiento del II Imperio como la del Año VIII había preludiado la del I— concedía también al Senado la facultad de oponerse a la promulgación de normas inconstitucionales.

Esto es, la atención política, centrada antes en el recurso de casación (posibles abusos del Poder judicial), se dirige en otros momentos históricos hacia el Poder legislativo y ejecutivo (control de la constitucionalidad, también proyectada por los legisladores de Cádiz, mas no a través del Supremo Tribunal de Justicia y «nulidad»). Hoy día son muchos países —entre ellos Italia— que tienen estatuida una vía específica —como la hubo en España durante la II República— para controlar la constitucionalidad, a través de un Tribunal constitucional, diferente, como es natural, del Tribunal de casación. Este es el punto al cual, posiblemente, debe ir a terminar la divergencia en torno a nuestro recurso de casación que tanto preocupa a los juristas españoles; sin confusiones. De un lado, un recurso ante el Tribunal Supremo, recurso que puede ser de mayor amplitud que el actual (aunque sin amplitud excesiva, bien entendido); de otro lado, una garantía política ante un Tribunal constitucional.

**PROBLEMAS DEL PROCESO DE
NULIDAD DE REGISTRO EN
MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL**

Extracto de la tesis doctoral de
D. FRANCISCO FUENTES CARSI

S U M A R I O

El problema de su especialidad.
El problema de la naturaleza jurídica de la pretensión de nulidad.
El problema de la jurisdicción.
Problemas de la competencia.
Problemas de la legitimación.
Problemas de la iniciación del proceso.
Efectos peculiares de la litispendencia.
El problema de la transformación de la demanda y las diversas causas de nulidad del artículo 115 del Estatuto.
Problemas de la reconvencción.
Problemas de la proposición de prueba.
Problemas de la prueba pericial.
Problemas de la fase de conclusión.
Problemas de la intervención del Abogado del Estado.
Particularidades de las diligencias para mejor proveer.
El problema de la determinación de las costas.
Aplicabilidad de medidas cautelares en caso de plagio.
Conclusiones.
Bibliografía.

S I G L A S

A. D. C.	Anuario de Derecho Civil.
A. D. P.	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
B O. P. I.	Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.
E.	Estatuto sobre Propiedad Industrial.
I. E. D. P.	Instituto Español de Derecho Procesal.
L.	Ley.
L. P. I.	Ley de Propiedad Industrial de 1902.
L. E. C.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
L. E. P.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
L. S. A.	Ley de Sociedades Anónimas.
N. E. J.	Nueva Enciclopedia Jurídica «Seix».

FRANCISCO FUENTES CARSI

R. D.-L.	Real Decreto-Ley.
Regl.	Reglamento.
R. O.	Real Orden.
R. A. P.	Revista de Administración Pública.
R. G. D.	Revista General de Derecho.
R. D. M.	Revista de Derecho Mercantil.
R. D. P.	Revista de Derecho Privado.
R. D. Pr.	Revista de Derecho Procesal.
R. D. Pr. A.	Revista de Derecho Procesal (Buenos Aires).
R. G. L. J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
R. J. C.	Revista Jurídica de Cataluña.
R. P. I.	Revista de la Propiedad Industrial.
Reg. P. I.	Registro de la Propiedad Industrial.
T. S.	Tribunal Supremo.
S.	Sentencia.

EL PROBLEMA DE SU ESPECIALIDAD

I

El juicio de nulidad de registro, que regulan los artículos 268, 271 y 272 del E., es un proceso especial, aunque no sumario, sino plenario rápido, caracterizado por una mayor sencillez en sus trámites con respecto al ordinario, produciendo la sentencia que recae cosa juzgada material, por lo que se le puede catalogar como juicio plenario rápido *ratione urgentia necessitatis*, en relación con lo limitado de la vida de los registros de propiedad industrial.

Es de advertir que no comprende en su aplicación todos los litigios de propiedad industrial (pretensiones de reivindicación, declaración o negación de derechos), sino únicamente las de nulidad, prácticamente más numerosas.

II

En los ordenamientos procesales extranjeros los procedimientos sobre propiedad industrial no están comúnmente diferenciados del juicio ordinario como sucede en España.

En Alemania conoce de los mismos el Tribunal de Primera instancia por los trámites del juicio ordinario, aunque la Autoridad superior puede designar uno determinado para entender de los mismos.

En Italia se sigue análogo sistema, siendo de apuntar las ventajas que, en un juicio de indole técnica como éste, supone la institución del *consulente tecnico* vinculado al Tribunal, que hace innecesario el dictamen de los peritos de las partes.

En Francia y Bélgica el procedimiento, aún cometido a los Tribunales de Primera instancia, es sumario. Modernamente, en este primer país se delega la tramitación del proceso en un Juez Instructor.

III

En nuestra patria, el proceso de nulidad de registro ha fluctuado entre lo administrativo y lo civil, y, dentro de lo civil, entre los juicios plenarios rápidos y el plenario ordinario.

El D. de Cortes de 2 de octubre de 1820 atribuye el conocimiento de estas cuestiones a los Jueces de Primera instancia, por los trámites del procedimiento ordinario.

El R. D. de 17 de marzo de 1826 devuelve estos litigios a la Autoridad gubernativa del ramo, constituida por los Intendentes de las provincias.

La Ley de 30 de julio de 1878 concede de nuevo jurisdicción a los Tribunales ordinarios por los trámites del procedimiento incidental, invistiendo al Ministerio Público del carácter de parte.

La Ley de 16 de mayo de 1902 sigue las directrices del régimen anterior, si bien dispone que el procedimiento sea el del juicio ordinario.

El R. D. de 17 de febrero de 1928, encerrando la cuestión en un círculo vicioso, atribuyó a la Administración la anulación de patentes que notoria y técnicamente carecieran de novedad.

El R. D.-L. de 26 de julio de 1929, que constituye el actual texto legal con pequeñas modificaciones, crea un procedimiento especial para la nulidad de las concesiones de registro, instituyendo como Tribunal único a la Audiencia Territorial de Madrid; sustituye la presencia del Ministerio Fiscal por la del Abogado del Estado, y concede poder de postulación al Agente de la Propiedad industrial que hubiera intervenido en el expediente de la concesión impugnada.

El monopolio jurisdiccional concedido a la Audiencia Territorial de Madrid es extendido por R. D.-L. de 15 de marzo de 1930 a todas las Audiencias Territoriales, con otras modificaciones, publicándose el texto refundido del vigente texto legal por R. O. de 30 de abril del mismo año. Por D. de 22 de mayo de 1931 se suprime la parte penal, sustituyéndola por la correspondiente de la Ley de 16 de mayo de 1902, y se le da el nombre de Estatuto sobre Propiedad industrial. Este D. fue elevado a categoría de ley por la de 16 de septiembre siguiente.

Las últimas reformas introducidas por los Ds. de 3 de febrero

de 1945 y 26 de diciembre de 1947 no afectan el procedimiento objeto de nuestro estudio.

Actualmente existe una fuerte tendencia doctrinal a la supresión de jurisdicciones y procedimientos especiales, que ha tenido ocasión de manifestarse en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal; no obstante, mantiene la especialidad de este proceso el «Proyecto» de reforma del E. elaborado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Opinamos que el juicio de nulidad de registro puede reintegrarse al juicio ordinario si se mantienen sus más salientes especialidades; única instancia, o una segunda muy concentrada y rápida, atribuido enteramente a un solo Juez de Primera instancia de los de la capital de la Audiencia Territorial.

EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD

I

Puesto que la sentencia estimatoria de la nulidad pretendida no precisa de medida alguna sustitutoria de la actividad del demandado, si éste se niega a acatarla, ya que el fallo se cumple, con la sola cancelación de la inscripción registral de la concesión declarada nula y su publicación en el B. O. P. I., no puede considerarse aquélla como sentencia de condena.

La dificultad radica en determinar si la resolución que recae es declarativa o constitutiva, ya que si bien al declararse nulo un registro viene a decirse que éste no debió ser concedido, desplegando la sentencia efectos *ex tunc*; antes de ser pronunciada dicha resolución, el derecho existe en apariencia y es materia de relaciones jurídicas, sin contar aquellos casos en que la causa de nulidad no va insita a la concesión del registro, sino que sobreviene (invenciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres o ejecutadas en forma distinta a la concedida); tampoco puede olvidarse que el E. agrupa modalidades distintas en su naturaleza, contenido y alcance, como son las invenciones, de una parte, y los signos distintivos, de otra.

El criterio de la doctrina es dispar: Prieto Castro, citando a Langheineken, estima declarativa la acción de nulidad de patentes. Buzáid la considera también de este carácter en lo relativo a marcas y nombres, y Díaz Velasco, aunque admite la eficacia *ex tunc* de las sentencias de nulidad de registro, considera la acción (pretensión) como constitutiva, porque dice que es preciso una sentencia para anular esta situación.

Ni el E. ni la jurisprudencia, en su terminología imprecisa de lo «nulo» y «anulable», pueden ofrecer tampoco una guía segura.

Creemos que para esclarecer el problema ha de distinguirse el hecho de que la pretensión de nulidad actúe sobre invenciones, o sobre signos, por cuanto ambas modalidades, que la legislación agrupa hoy en un solo cuerpo, están regidas por principios jurídicos distintos, cuando no antitéticos.

Las patentes de invención y de modelo de utilidad se conceden sin previo examen de novedad y sin garantía alguna, a riesgo y ventura del peticionario, en especial las primeras, no siendo susceptibles de usucapión por el transcurso del tiempo.

Los signos distintivos, contrariamente, son objeto de examen administrativo al ser registrados y conceden a su titular una presunción *juris tantum* de propiedad, susceptible de convertirse en *juris et de jure* por prescripción trienal.

Las primeras pueden ser anuladas por simple petición del interesado.

En los segundos, la renuncia de su titular produce su caducidad y no su nulidad.

Por estos caracteres opinamos que la pretensión dirigida a conseguir la nulidad de las invenciones es declarativa, y que la encaminada a solicitar la de los signos distintivos debe ser considerada constitutiva.

II

El plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad va íntimamente ligado con la respectiva naturaleza jurídica del registro cuya nulidad se solicite.

En las invenciones, por no ser éstas susceptibles de ser adqui-

ridas por usucapión, la pretensión dura mientras subsista la vida del registro.

En los signos, consolidables por el transcurso de tres años desde su registro, o su quieta posesión con buena fe y justo título, ha de ejercitarse antes del término de dicho plazo, salvo el caso de que exista una colisión entre dos marcas igualmente registradas y prescritas, en el que ha de prevalecer el principio de prioridad. Abona este criterio el principio de seguridad del tráfico jurídico, contrario a la impugnación indefinida de un derecho, como indefinida puede ser la vigencia de los signos, renovables por períodos iguales al concluir su plazo legal de vida.

EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN

I

Cuando se trató del conocimiento de cuestiones que versen sobre el derecho de propiedad industrial puro, adquirido al margen del Registro, está bien claro el propósito del legislador de asignar a los Tribunales ordinarios el conocimiento de los litigios que versen sobre modalidades registrales; mas cuando de derechos registrados se trata, con excepción hecha de las patentes, existen dificultades para delimitar el respectivo ámbito de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa.

Dado que el Registro de la Propiedad industrial tiene un carácter no constitutivo de la misma, sino simplemente publicitario, toda declaración de derechos sobre adquisición prerregistral o extrarregistral de los mismos, incluso contra lo declarado por dicho organismo, es de la competencia de los Tribunales ordinarios; pertenece a la esfera de la Administración, y, por tanto, a la de los Tribunales contencioso-administrativos, la revisión de los actos gubernativos de concesión sobre aspectos de los mismos, examinables por el Registro en la esfera de sus atribuciones y dentro del expediente de concesión.

La dificultad estriba, principalmente, en determinar lo que sea civil o administrativo en el derecho reclamado, unas veces por el carácter mixto que reviste el derecho concedido (marcas), y, otras (mo-

delos de utilidad), porque el E. autoriza inexplicablemente la doble impugnación de los mismos por la vía civil o contencioso-administrativa a elección del interesado.

El T. S. señala la procedencia de la vía civil cuando la cuestión se base en una prioridad de uso extrarregistral, y la contencioso-administrativa si de prelación registral se trata (Ss. 8 febrero y 5 de junio de 1933, 25 febrero 1941, 23 marzo 1945, 9 abril y 24 noviembre 1947, 14 febrero 1950 y 4 febrero 1954), criterio del que participamos; pero el conflicto de jurisdicciones, en materia de modelos y dibujos, en el mismo supuesto de falta de novedad, queda en pie, ya que para su solución ha de irse a la reforma de los artículos 178, núm. 3.º; 188, núm. 3.º; 180, núm. 1.º; y 194, núm. 5.º, del E.

II

Como actualmente las concesiones de propiedad industrial no son como antiguamente meros privilegios del soberano, sino derechos privados, renunciables expresa o tácitamente, salvo las necesarias restricciones en favor de la moral y del orden público, opinamos que sus cuestiones litigiosas pueden ser sometidas a la jurisdicción arbitral privada en sus dos modalidades de derecho y equidad; y el laudo que declare la nulidad, inscrito en el Registro mediante auto del Juez de Primera instancia, acordando su cumplimiento a petición de los árbitros.

PROBLEMAS DE LA COMPETENCIA

I

La competencia objetiva para conocer de las cuestiones de nulidad de registro radica en las Audiencias Territoriales, estando encomendada la instrucción de las fases de alegaciones y prueba al Juez de Primera instancia de la sede de aquéllas; pero esta competencia no se extiende al conocimiento de cuestiones distintas a las propias

PROBLEMAS DEL PROCESO DE NULIDAD

de nulidad (pretensiones de reivindicación, declaración, negación de derechos, daños y perjuicios en la misma materia), que continúan atribuidas a los Tribunales ordinarios:

II

El proceso de nulidad de registro es un juicio de instancia única dividida en dos fases: una, instructoria, a cargo del Juez de Primera instancia, y otra, decisoria, cometida a la Audiencia Territorial.

Actualmente la doctrina se pronuncia en contra del sistema de instancia única, especialmente porque se monta separando los actos instructorios de los de decisión, encomendándolos a organismos distintos, en merma del principio de concentración.

No obstante estas censuras, opinamos que la instancia única debe mantenerse en este proceso si se quiere que sea un instrumento rápido de justicia; más no separando, como hoy se hace, la función instructora de la sentenciadora, sino unificando toda la instancia ante el Juez de la misma (Ensayos, en anteproyecto L. S. A., y artículo 178 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, hoy reformado), atribuyéndola a un solo Juez de Primera instancia de la capital de la Audiencia Territorial, en favor de una especialización por vía indirecta.

III

Problema propio de una instancia única, dividida en dos fases cometidas respectivamente a órganos distintos de la jerarquía judicial, es la admisibilidad del recurso de apelación contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el Juez instructor.

En el proceso de impugnación de la L. S. A. está admitido dicho recurso, excepcionalmente, en los casos que se decreta la suspensión del acuerdo impugnado; y la práctica del Foro lo admite asimismo en el juicio de nulidad de registro. La adecuada resolución del problema es de enorme interés si se advierte que para interponer, con posibilidades de éxito, el recurso de casación por quebrantamiento de forma resulta indispensable haber agotado previamente los recursos ordinarios.

Existen, no obstante, razones para rechazar su procedencia si se

piensa que tales alzadas pueden en ocasiones paralizar el proceso en mengua de su rapidez, y que en el juicio de menor cuantía, que se tuvo en cuenta para elaborar el de nulidad, no caben. Creemos que, agotado sin éxito el remedio de reposición, debe esperarse a denunciar los motivos que darían lugar a aquél en el acto de la vista *in voce*, cómo cuestión previa a la de fondo.

IV

Siendo extranjero el demandado puede darse el caso de que no tenga domicilio en España, domicilio que el Convenio de La Haya, para la protección de la Propiedad Industrial, no exige para poder obtener concesiones de registro en uno de los países signatarios del mismo, y como el fuero territorial está determinado en el domicilio del demandado, surge el acuciante problema de conocer ante qué Tribunal ha de emplazarse al extranjero no domiciliado ni transeúnte.

Es esta una laguna procesal de enorme trascendencia, si se tiene en cuenta que numerosas modalidades registradas, especialmente patentes de invención, pertenecen a extranjeros, que las tienen cedidas a nacionales en régimen de licencia; opinamos debe llenarse estableciendo como fuero el de la Audiencia del domicilio donde tal registro fue solicitado (normalmente el del Agente oficial que lo pidiera en nombre del extranjero), sin perjuicio de verificar el emplazamiento de éste, por vía consular, en la forma prevista en los Convenios vigentes sobre auxilio judicial.

V

En la acumulación de pretensiones, cuando los demandados sean litisconsortes, creemos de aplicación el artículo 147 de la L. P. I. no derogado por la disposición transitoria 6.^a del E. o sea competente el Juez del domicilio del titular registral, y de ser varios, el de cualquiera de ellos, a elección del demandante.

De no ser litisconsortes, si tienen distinto domicilio, no resulta posible la acumulación (S. 27 diciembre 1947); el problema se presenta cuando, no obstante no ser litisconsortes, tienen el mismo domicilio.

PROBLEMAS DEL PROCESO DE NULIDAD

Este caso no está resuelto, que sepamos, por la jurisprudencia del T. S., pero creemos que tampoco resulta posible la acumulación, dado que los principios en que esta institución se basa (economía procesal, peligro de sentencias contradictorias) no puede darse, al versar el objeto del proceso sobre registros distintos, mientras no se establezca lo contrario; y aparte de los retrasos y complicaciones que toda acumulación supone para juzgar si, por haber identidad entre los registros simultáneamente impugnados, cabe admitir dicha conexión, la Sala tendría que entrar en la cuestión de fondo, de jando prejuzgada la segunda pretensión acumulada a la primera, en el supuesto de denegar aquélla, fundada en no existir identidad entre los registros simultáneamente impugnados.

La acumulación de procesos se presenta en el caso de que el registro matriz tenga complementos (certificados de adición, marcas derivadas), pudiendo interesar al demandado, si lo es por distintas personas respecto de alguno de aquéllos, o de su totalidad, dicha conexión, para evitar se divida la continencia de la causa.

Por obstar al principio de rapidez y de simplicidad buscado en este proceso, creemos que la acumulación de procesos no debiera ser admitida sino en casos excepcionales.

VI

Defecto propio de la instancia única escindida en dos tractos es la actual posibilidad de que las cuestiones de competencia sean decididas indistintamente por el Juzgado o por la Audiencia, según se acuda a la vía de la inhibitoria o de la declinatoria, puesto que la Audiencia no adquiere jurisdicción hasta que, conclusos los autos, le son remitidos por el Juzgado.

PROBLEMAS DE LA LEGITIMACIÓN

Legitimación activa

La determinación de la legitimación no ofrece inconvenientes cuando el que demanda es titular de un registro anterior; si, en el supuesto de que la pretensión se ejercite por persona distinta, debiendo

en materia de invenciones acreditarse que existe interés. No obstante, el espíritu del E. es de admitirla con alguna amplitud, ya que la concede a aquellos que se estimen perjudicados, apreciación que, por lo subjetiva que resulta, ha de ser apreciada como cuestión de hecho por el Tribunal.

En cambio, en materia de signos distintivos, como las marcas, nombres y rótulos, no tienen otra finalidad que la de proteger el crédito individual mediante la diferenciación de los productos de cada industrial o comerciante, y no han de caer forzosamente en el dominio público, al que no restan ni limitan en su círculo natural, como sucede con las invenciones, la legitimación ha de fundarse en un mejor derecho, lo que restringe considerablemente la facultad de demandar.

Legitimación pasiva

Deben ser demandados aquellos que tienen inscrito algún derecho sobre el registro impugnado, y también los que tengan derechos no inscritos, si el actor los conoce. De no serlo, podrán, en todo caso, comparecer en el proceso pendiente—sin que por ello retrocedan las actuaciones—con el carácter de intervinientes adhesivos.

PROBLEMAS DE LA INICIACIÓN DEL PROCESO

I

Aunque es principio general en el proceso civil el de la prorrogabilidad de los plazos, en el de nulidad deben—por el fin de rapidez a que el mismo aspira—ser improrrogables, pues cuando la propia ley quiere que lo sean (formulación de la demanda) lo determina expresamente; y, en cambio, viene a establecer lo contrario al señalar con carácter de fijos otros, como los de práctica de prueba, informe del Abogado del Estado y señalamiento de vista.

II

La aportación del expediente administrativo al proceso de nulidad, como previo a la formulación de la demanda, constituye una adap-

tación a éste del trámite que precede a la demanda en el contencioso-administrativo; pero al hacerlo así se olvida—y en esto se distingue la materia civil de la administrativa— que en el juicio de nulidad ni se revisan ni pueden revisarse los preceptos gubernativos que la Administración haya aplicado al conceder el registro; y que en materia de patentes de invención, donde falta un examen previo, nada nos puede decir el conocimiento del expediente, sino sólo facilitar la determinación de las personas pasivamente legitimadas, lo que podría sustituirse mediante certificaciones de la memoria y planos que integran el título.

No así en signos distintivos, en cuyo periodo contradictorio han podido barajarse motivos de índole civil y administrativa de interés para el actor.

La aportación del expediente tiene por contra numerosos inconvenientes:

Fuerza al que litigue en segundo lugar a solicitar la acumulación de su demanda a otra primeramente entablada, con las complicaciones y demoras propias de toda acumulación.

Existe el peligro de su pérdida mientras no se obligue al Registro a quedarse copia certificada del original al remitir éste al Juzgado.

Peligro de fraude si el amenazado por una posible demanda de nulidad busca un hombre de paja que impugne simuladamente dicha concesión, sin otro designio que situar el expediente en el T. S., impidiendo así todo intento de acumulación.

Todo ello podría ser evitado si se sustituyera el expediente original por certificaciones del mismo:

III

Si la demanda no llega a formularse en el plazo señalado para hacerlo debe entenderse que el actor desiste del procedimiento entablado, y que éste se extingue tácitamente por caducidad de la instancia, sin que con ello se entienda renunciada la pretensión no llegada a interponer; pero en este caso no podrá considerarse interrumpida la prescripción que se detuvo al presentar el escrito inicial.

EFFECTOS PECULIARES DE LA LITISPENDENCIA

La litispendencia debe considerarse iniciada desde la presentación del escrito preliminar iniciando el juicio, puesto que en el mismo se determinan los sujetos activo y pasivo de la pretensión, se individualiza ésta y se especifica el objeto.

Efectos civiles.—Interrumpe la posesión del registro impugnado y, con ella, la posibilidad de adquirirlo por usucapión. La fecha para computar la no adquisición de frutos ha de contarse no desde la presentación de la demanda, sino desde la del depósito de la modalidad impugnada en el Registro, en el caso de invenciones, por el carácter *ex tunc* que hemos asignado a la sentencia. No así en los signos distintivos, por el carácter *ex nunc* de la misma.

Ahora bien; por la especialidad y concreción del objeto de este procedimiento, los frutos no pueden exigirse en el mismo, sino en otro declarativo posterior, lo que en este punto representa una desventaja frente al régimen anterior, que permitía acumular a la acción de nulidad la de daños y perjuicios. No obstante, creemos preferible, a los fines de simplicidad y rapidez tantas veces repetidos, el sistema de la ley actual, por ser industrialmente preferible la rápida cesación de aquéllos a la posibilidad de su reclamación conjunta a costa de aquélla.

Efectos procesales.—Excluye otro proceso sobre el mismo objeto, pero entendido como objeto procesal, no a determinado registro en sí, sino a éste en relación con la causa de nulidad invocada en el juicio, en relación con el demandante, dada la multiplicidad de motivos de nulidad que pueden concurrir en un determinado registro.

EL PROBLEMA DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA DEMANDA Y LAS DIVERSAS CAUSAS DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 115 DEL ESTATUTO

El problema de la transformación de la demanda, por una posible discordancia entre el *petitum* y la *causa petendi*, preséntase con mayor frecuencia en los juicios ordinarios, donde la petición puede

PROBLEMAS DEL PROCESO DE NULIDAD

ser múltiple y compleja, que en los de nulidad, donde no puede solicitarse otro pronunciamiento que el relativo a tal declaración; pero al mismo tiempo cabe también, dada la multiplicidad de causas de nulidad que pueden concurrir en un mismo registro, que se las confunda, y por un error de técnica se solicite la nulidad por motivo distinto al que realmente resulta de la exposición de la causa de pedir, y, al producirse la prueba por cauces distintos a los propios de la pretensión, resulte no acreditada ésta y sí cosa distinta, siendo desestimada la demanda en virtud del principio de la congruencia entre lo pedido y lo sentenciado.

Como la sentencia que declare la nulidad no contiene fase alguna ejecutiva y se concreta sencillamente a un solo pronunciamiento genérico, sea cual fuere la causa esgrimida, puede orillarse el anterior inconveniente haciendo cita de ésta tan sólo en la causa de pedir, sin que sea preciso determinarla en el «Suplico», donde no resulta preciso por las razones antedichas.

PROBLEMAS DE LA RECONVENCIÓN

I

Cuestión ardua y trascendental en el proceso de nulidad de registro es la de la posibilidad de admitir el uso de la reconvencción por la circunstancia de que en ocasiones la demanda puede fundarse en patente de invención falta de novedad, obtenida al amparo del sistema vigente de «falta de previo examen», pues aunque esta figura aparece aludida en algunas sentencias del T. S., dicho Tribunal no ha tenido oportunidad de enfocar directamente la solución del problema.

En la doctrina, Díaz Velasco alude a la dificultad de admitirla porque el plazo de la contestación se agotará antes de que el expediente llegue al Juzgado, y Teixidor Comes argumenta que falta un momento procesal hábil para pedir el expediente, así como un plazo en el actor para contestarla.

Admiten la misma la Audiencia de Barcelona y Juzgados como el de Pamplona núm. 1, Palma de Mallorca y la Abogacía del Estado

de La Coruña; la rechazan las Audiencias de Valencia y Zaragoza, lo que no es óbice para que la admita algún Juzgado de la primera de ellas.

Opinamos que, en efecto, no existe momento procesal hábil para traer el expediente a los autos, pues para ello habría de suspenderse el procedimiento y crear un plazo para contestarla, por mero arbitrio judicial, en contra de la legalidad de los actos procesales, y, especialmente, porque ello obstaría al fin de rapidez que persigue este proceso.

Sin embargo, es de enorme interés el que pueda serlo, dado a que el sistema actual de concesión de patentes de invención da con frecuencia lugar a plantearla, lo que podría hacerse fácilmente con sólo suprimir la obligatoria traída del expediente a autos y creando un plazo para contestar a la misma.

II

Puede también presentarse el supuesto de que el registro objeto de la reconvención pertenezca no sólo al demandante, sino también a otra persona que no litigue; en este caso, la sentencia, de ser estimatoria, no podrá perjudicar al no litigante y tampoco al que lo sea, ya que no se concibe que una concesión de propiedad industrial sea nula para unos y válida para otros.

Polaino aboga por la necesidad de darla, aun contra personas no litigantes, porque así la reconvención cumpliría racionalmente el sentido utilitario con que está concebida, evitando fallos contradictorios y porque no hay forma de resolver ciertos casos sin romper el vínculo litisconsorcial necesario.

Así, también, en la Exposición de motivos de la Ponencia correspondiente del II Congreso Nacional de Derecho Procesal se propugna que la resolución sea única y afecte a todos los litisconsortes necesarios o cuasi necesarios, aunque algunos no hayan intervenido en el proceso, si previamente han sido llamados.

Creemos inútil ponderar la utilidad que supondría la adopción de esta medida si se piensa que, aun admitida la reconvención, puede soslayarse fácilmente con sólo simular una comunidad en la que accione sólo uno de sus miembros.

PROBLEMAS DE LA PRUEBA

I

La prueba debe proponerse en los escritos de demanda y contestación, con expresión de los medios que han de utilizarse; pero esta necesidad que impone la ley de hacerlo en dichos escritos es inapropiada científica y prácticamente, por vulnerar el principio contradictorio y obligar al actor a preparar «ad cautelam» un aparato probatorio complicado, en daño de la claridad y economía procesal que debe buscarse en todo proceso, y que indirectamente mengua la facultad del Juez de repeler la que sea inútil o impertinente.

Además, el fin que se propone la ley, de reducir a expensas de este sacrificio la duración del procedimiento, no resulta cumplido por la misma al conceder para su práctica un plazo de treinta días, superior incluso al mínimo que puede concederse en el juicio de mayor cuantía.

Opinamos que para alcanzar el fin que persigue la misma debe reservarse su proposición para después de cerrado el periodo de alegaciones.

II

La carga de la prueba compete al actor, no obstante el sistema de «falta de previo examen» que rige en las concesiones de registro, ya que, de lo contrario, el juicio versaría sobre la validez y no sobre la nulidad de aquéllos.

Según la S. del T. S. de 10 de marzo de 1934 existe una excepción a este principio general, constituida por la causa 4.^a del artículo 115, referida al caso de que «se demuestre que con los elementos contenidos en la Memoria no se puede lograr la ejecución del objeto de la patente», al decir dicho Tribunal que se trata de un hecho negativo sentado por el actor, que el demandado debe probar no se da, por la demostración de hechos contrarios a esta afirmación; discrepamos de tan respetable criterio, puesto que los hechos negativos pueden también ser probados por otros positivos, ya que a través

de una pericial puede verse si la patente es susceptible de ser aplicada o no a los fines expresados en la nota reivindicatoria; sin contar que si la patente ha sido puesta en práctica, al demandado le bastará invocar el hecho de dicha puesta en ejecución, eximiéndose sin más de toda otra prueba.

III

Existen en el E. numerosas presunciones legales, derivadas de la especial como diversa naturaleza de los dos grupos de modalidades registrales, que constituyen las invenciones y los signos distintivos.

Las invenciones, al no ser susceptibles de posesión, no son usucapibles, y, por consiguiente, pueden ser impugnadas durante todo el lapso de su vida legal.

Los distintivos, aunque no son bienes muebles, participan del estatuto de éstos, siendo usucapibles por el transcurso de tres años desde su registro, o de su quieta posesión con buena fe y justo título, presumiéndose abandonados con carácter *juris et de jure* a contar de los tres años de publicada su caducidad en el B. O. P. I.

Las publicaciones de este órgano se presumen conocidas por los terceros, con carácter *juris et de jure*, lo que es de la mayor importancia en materia de defraudaciones.

IV

Los hechos notorios, admitidos con gran amplitud en el ámbito gubernativo de concesión de registros, no deben serlo tanto en materia procesal, por no regir en la misma el principio de oficialidad como en aquélla, sino el dispositivo que impone su prueba a las partes.

V

Las certificaciones de las Cámaras de Comercio sobre el conocimiento que se tenga en el mercado de las modalidades registradas, tan útiles en la vía administrativa de concesión de registros, no pue-

PROBLEMAS DEL PROCESO DE NULIDAD

den en la judicial tener otro valor que el de un principio de prueba, de libre apreciación por los Tribunales, ya que, como dice la S. del T. S. de 15 de noviembre de 1934, no reúnen el carácter de documentos auténticos, dada la falta de garantías materiales y procesales de que adolecen; pues, en efecto, no reflejan datos existentes en archivos, sino simplemente opiniones recogidas entre sus asociados sobre extremos presentados unilateralmente por el solicitante, sin posible intervención de la parte a quien puedan perjudicar.

Tales certificaciones no pueden constituir, pues, prueba documental, ya que no reúnen los requisitos de ésta, y en la práctica devienen en una pseudo-pericial, que tampoco reúne ninguna de las garantías en que este medio de prueba debe producirse; por ello deben rechazarse, denunciando la violación del principio contradictorio, puesto que su destino es sólo el de suplir en la vía gubernativa la imposibilidad que en la misma existe de presentar otras justificaciones que aquellas que vayan reducidas a escrito, constituyan o no prueba documental en sentido estricto; lo que ni se da en la esfera judicial ni tampoco en ésta es posible producir la prueba, prescindiendo de las formalidades que en su articulación y formación establece la ley.

PROBLEMAS DE LA PRUEBA PERICIAL

Si en el proceso de nulidad de registro el objeto litigioso versa, en materia de patentes, sobre la existencia o inexistencia del presupuesto de la novedad, y su determinación obliga a conocer los adelantos industriales no ya de España, sino mundiales, no será necesario insistir sobre la importancia capital que en el mismo juega la prueba de peritos.

No obstante la trascendencia de su función, al perito no se le puede considerar hoy como un verdadero auxiliar del Juez si se tiene en cuenta que en la determinación de la materia sobre que ha de versar su dictamen, y en su nombramiento, rige, con toda su pureza, el principio dispositivo, y que por otra parte la prueba ha de ser apreciada por órgano distinto ante aquel que se produjo.

Opinamos debe tenderse a la creación de un cuerpo de peritos al servicio de la Autoridad judicial, del que en España hay prece-

dentes, siquiera no organizados, en los Interventores de la Ley de Suspensión de pagos, y sin que la producción del dictamen quede sujeta a los interrogatorios más o menos habilidosos de las partes, sino dejando que aquél se produzca con alguna libertad, aún adaptándose a las alegaciones de las partes en sus escritos y sin perjuicio de conservar la facultad de pedir aclaraciones.

De esta manera, al robustecerse la calidad y objetividad del dictamen, podría irse a la supresión del dictamen de Abogado del Estado, hoy corrector de «facto» de las deficiencias de que tan importante pieza probatoria adolece por obra de los defectos que hemos expuesto.

PROBLEMAS DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL EN MATERIA DE INVENCIONES

El hecho de la división de la instancia en dos partes hace forzoso que el reconocimiento practicado por el Juez sea examinado por órgano distinto como es la Audiencia, con el grave riesgo de que si la diligencia no está expresada con claridad, pueda prescindirse de ella por la Sala sentenciadora.

El problema puede darse si el objeto descrito es una máquina o aparato de índole compleja y las partes, por convenir a sus intereses, precinden de combinar esta prueba con otra simultánea de peritos.

Creemos que este inconveniente podría ser salvado dejando que el Juez se asesorara de un perito, sin sujetar el nombramiento ni la misión de éste a las reglas señaladas para los informes periciales, aunque este cargo debería ser incompatible con el propiamente de perito en cualquier juicio de nulidad.

PROBLEMAS DE LA FASE DE CONCLUSIÓN

I

El envío de los autos a la Audiencia, una vez concluyó el período de prueba, tiene por finalidad que por ésta se continúe la instancia hasta sentencia; y no resulta necesario que la parte actora haga acto

PROBLEMAS DEL PROCESO DE NULIDAD

de presencia ante la misma para que la resolución pueda ser dictada, como no es necesario que el demandante realice acto alguno de impulsión del proceso, una vez presentada la demanda en el juicio ordinario, para que éste llegue a sentencia; abstracción hecha de los perjuicios que en el orden material pueda ocasionarle el que no proponga o practique prueba.

La práctica de algunas Audiencias de tener al actor por desistido del juicio si no comparece ante la misma es censurable, puesto que no se trata aquí de una segunda instancia ni hay precepto alguno que autorice semejante criterio; antes, al contrario, otros textos legales, que regulan en forma menos lacónica que el E. procedimientos de única instancia, como el derogado de Divorcio y el vigente de impugnación de acuerdos sociales de la L. S. A., previenen expresamente se continúe el juicio y dicte sentencia, hayan o no comparecido las partes.

II

La designación del Magistrado Ponente debe hacerse según la letra del artículo 270 del E., una vez presentado el dictamen del Abogado del Estado y antes de la vista; pero ello debe considerarse un *lapsus* del legislador, puesto que la presencia de este órgano del Tribunal colegiado es necesaria desde el primer momento para establecer, desde entonces, el preciso contacto con las partes; así creemos debe hacerse, y así lo ha entendido la práctica anticipándose al criterio de la ley por las exigencias de la realidad.

PROBLEMAS DE LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO

I

El Abogado del Estado es un consultor técnico-jurídico del Tribunal, como representante que es de un órgano técnico de propiedad industrial como es el Registro.

Su intervención puede considerarse como un homenaje a la an-

tigua regalía estatal de concesión de privilegios industriales, que hoy no existe; no justificándose demasiado en el aspecto teórico el que la Administración deba ser oída en aquellos casos en que la concesión está regida por el principio de «falta de previo examen».

Prácticamente, constituye un valioso auxiliar del Tribunal por la imparcialidad y brillantez de sus dictámenes, correctores en muchos casos de los vicios de que adolece la prueba pericial; lo que implica que deje de ser necesario el día en que ésta se produzca, en condiciones de ser directamente asimilada por el Tribunal.

II

Por otra parte, su intervención no es racionalmente posible en los casos en que pueda faltarle independencía, por ejemplo, cuando el demandante es alguna Empresa Nacional de las integradas en el Instituto Nacional de Industria, que controla hoy gran parte de la industria pesada, poseedora de patentes numerosas; o cuando es el propio Asesor jurídico del Registro quien, cumplimentando órdenes del Ministro, solicita la nulidad de una patente en los casos previstos en los núms. 2 y 5 del artículo 115.

PARTICULARIDADES DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

El hecho de que el E. autorice al Juez instructor para practicar diligencias para mejor proveer, no obstante no dictar la sentencia, no significa que la Audiencia, como Tribunal sentenciador, no pueda a su vez realizarlas, aun cuando las hubiera practicado el Juez, constituyendo una excepción al principio de la irreiterabilidad de estos medios de convicción, apuntado por algún autor.

No creemos que al amparo de las mismas pueda solicitarse una adición o aclaración al informe del Abogado del Estado, que sólo la Administración a la que representa aquél puede enmendar, al ser elevada a la misma el proyecto de dictamen.

Opinamos que para evitar injustificadas dilaciones debería fijarse un plazo para la práctica de estas diligencias.

EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LAS COSTAS

I

Rige en la imposición de costas el principio del vencimiento, vigente hoy en las legislaciones extranjeras más progresivas, y recogido en las conclusiones del II Congreso Nacional de Derecho Procesal; mas al tratar de su determinación, se plantea la duda de la inclusión como tales de los honorarios de Abogado y Procurador, dado que la ley no declara preceptiva su intervención (1).

El criterio legal tiene su origen en el primitivo texto del E. que, además de imponerlas al vencido, dejaba a la Sala facultades para fijar la cantidad a pagar en tal concepto; como hoy no existe esta facultad, y, en cambio, subsiste la no obligatoriedad de dichos profesionales, si sus honorarios no se consideran incluibles en la tasación de costas, el tal vencimiento ha de tener poco menos que un valor simbólico.

La opinión de la doctrina sobre su admisibilidad es dispar, y el T. S., en su S. 19 febrero 1952, en argumentos en completo desacuerdo con la realidad, se muestra contraria a la inclusión de estos honorarios en la tasación de costas.

Empero la Audiencia de Barcelona ha admitido modernamente la intervención del primero como necesaria, en casos en que el demandado tuvo que litigar asistido de Letrado, al valerse el actor de dicho profesional y en que la demanda fue desestimada; y en otro, en que el objeto litigioso encerraba complejidades.

De este criterio participan hoy las conclusiones del II Congreso de Derecho Procesal y del III Nacional de la Abogacía, cuando el juicio sea de cuantía superior a 1.500 pesetas, entre los que creemos se encuentra desde luego el de nulidad de registro.

Opinamos que entre los casos en que puede presentarse la necesidad de la intervención de Abogado están aquellos en que el actor, por no residir en la capital de la Audiencia competente para presentar la demanda, tenga que conferir su representación a un Procura-

(1) Con posterioridad a la aprobación de esta tesis, el D. L. de 12 abril de 1957, declara preceptiva la intervención de Abogado y Procurador en estos juicios.

dor, y, por consiguiente, valerse también de Abogado, y, recíprocamente, si es el demandado el que se halla en estas circunstancias; así como en el caso contemplado por la Audiencia de Barcelona, de que el registro impugnado encierre dificultades técnicas, que hagan indispensable esta asistencia, como ocurrirá a menudo, si de patentes de invención se trata.

No así el Procurador, pese a que el Estatuto de la Procura lo considere necesario si el litigante por él representado tiene su domicilio en lugar distinto a aquel en que se sigue el juicio. Por ello, para evitar gastos no reembolsables al litigante, cabría, como hoy sucede en lo contencioso-administrativo, y en el llamado juicio de cognición, autorizar a las partes para conferir su representación al Letrado que asumiera la defensa.

II

El principio del vencimiento puede, no obstante, dejar de ser aplicado, en supuestos en que la demanda no sea estimada totalmente, como en el caso de que exista una acumulación objetiva de pretensiones, o se decrete la nulidad parcial del registro impugnado, si es que la posibilidad de anular parcialmente un registro, que conste de varias reivindicaciones, se considera posible en derecho material.

APLICABILIDAD DE MEDIDAS CAUTELARES EN CASO DE PLAGIO

El artículo 273 del E., al impedir la cesación o suspensión de toda industria que trabaje amparada por una patente, sustituyendo esta grave medida por la prestación de cauciones o fianzas plantea, al referirse indistintamente al querellado y al demandado, el interrogante de si dichas medidas cautelares son aplicables en los juicios de nulidad de registro.

De que lo sean depende el que el demandado, previa prestación de la fianza que pueda señalarse, quede a cubierto de una eventual ejecución de sentencia, en el caso de que recurra en casación la declaratoria de nulidad del registro impugnado.

Opina Díaz Velasco que dicho precepto no es aplicable al juicio civil de nulidad, pero que debiera serlo, para no hacer de peor condición al actor en este proceso que al querellante en el sumario; nosotros, que participamos de este criterio, de que efectivamente no rige en el juicio de nulidad, no podemos estar conformes en su aplicación futura al mismo, ya que ello conduciría a la imposibilidad de dar cumplimiento, siquiera provisional, a ninguna sentencia estimatoria de nulidad, trasladando al demandado las ventajas que la Ley Procesal civil concede al demandante vencedor, si la sentencia es recurrida ante el T. S.; lo que se daría en daño de la rapidez que el legislador quiso imprimir a esta clase de proceso, en consonancia con la corta vida legal de los intereses que ampara.

CONCLUSIONES

I. El proceso de nulidad de registro es susceptible de ser reconducido al juicio ordinario, siempre que se respeten los principios de especialización en el órgano jurisdiccional, y la instancia única, a no ser que se instaure un tipo de segunda instancia concentrado al máximo, atribuyendo el conocimiento total del proceso a Jueces de Primera instancia de las capitales de Audiencia Territorial.

II. La pretensión de nulidad de registro es de carácter declarativo cuando se refiere a invenciones, y de carácter constitutivo cuando de signos distintivos se trata.

El plazo para su ejercicio es equivalente al de la vigencia legal de la invención en el primer caso, y el de tres años, en el segundo, salvo el supuesto de un litigio entre dos distintivos igualmente inscritos, en que prevalece el principio de prioridad, no obstante el transcurso de dicho plazo.

III. Los órganos de la jurisdicción civil son competentes para conocer de cuestiones de nulidad de registro basados en derechos extrarregistrales, y en todo caso cuando se trate de patentes de invención e introducción; siendo posible la sumisión de estos litigios al juicio de árbitros, en sus dos modalidades de derecho y equidad.

IV. Para eliminar los defectos de la división de la instancia conviene atribuir la jurisdicción, por entero, al Juez o Jueces de Primera

instancia de la capital de la Audiencia Territorial que a este efecto designe la Sala de Gobierno.

Si el demandado es extranjero no domiciliado en España, debería ser Juez competente el que lo fuera del territorio donde se presentó la solicitud del registro impugnado.

Si los demandados fueren más de uno y constituyen litisconsorcio, las demandas pueden acumularse y presentarse en el domicilio de cualquiera de ellos; pero si sólo existe cesión temporal, la demanda debe presentarse en el del titular registral.

V. Para el ejercicio de la pretensión están legitimados activamente en materia de invenciones los que se consideren perjudicados. En materia de signos distintivos, sólo los titulares de alguno anterior.

Pasivamente están legitimados los titulares del registro impugnado; pero aquellos que, aun no siendo demandados, ostenten algún derecho no inscrito, pueden comparecer, sin que por ello retroceda el curso de las actuaciones.

VI. Todos los plazos deben considerarse improrrogables.

La aportación previa del expediente resulta innecesaria en los casos de patentes; en las demás modalidades podría aportarse posteriormente, o sustituirse mediante certificaciones.

Si la demanda deja de formularse en el plazo señalado debe entenderse sólo que el actor desiste del juicio, pudiendo presentarla de nuevo en otro proceso posterior.

VII. La litispendencia se inicia con la presentación del escrito preliminar.

VIII. Dado que el fallo alcanza sólo a la declaración de nulidad debe evitarse toda posible discordancia entre la causa de pedir y el «petitum», no solicitando en éste sino la nulidad genérica del registro impugnado, dejando reservada su especificación para los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda.

IX. La reconvencción no es hoy admisible en este proceso, pero es aconsejable admitirla en el futuro, prescindiendo de la aportación previa del expediente, que constituye hoy el principal obstáculo para admitirla; debiendo poder dirigirse contra todos los titulares del registro impugnado, sean o no demandantes en el proceso.

X. La proposición de prueba debe verificarse en los escritos de demanda y contestación, pero debiera reservarse para después de

cerrado el período de alegaciones, por ser este el instante en que puede determinarse su necesidad, y, en su caso, su extensión.

La carga de la prueba debe distribuirse según las reglas generales, no obstante el principio de falta de previo examen en que se inspira el régimen de concesiones.

Los hechos notorios han de ser igualmente objeto de prueba.

Las certificaciones oficiales de hechos o datos que no consten en archivos públicos constituyen una prueba pseudo-documental, que encubre la pericial procedente y deben rechazarse, cabiendo únicamente admitirlos como simples acreditamientos.

XI. El nombramiento de peritos debería realizarse de oficio por el Tribunal, y su dictamen versar sobre las respectivas alegaciones de las partes, sin sujeción a interrogatorio alguno.

En el caso de reconocimientos judiciales el Juez debería ir asistido de un perito, como méro auxiliar suyo, declarando incompatible este cargo con el de perito en cualquier juicio de nulidad de registro.

XII. Si el actor no comparece ante la Audiencia, el procedimiento debe, no obstante, seguir hasta sentencia.

El Magistrado Ponente debe designarse una vez llegados los autos a la Audiencia, hayan o no comparecido las partes.

XIII. El dictamen del Abogado del Estado, como representante del Registro, carece de razón de ser en un proceso civil donde sólo se ventilan derechos no examinables por la Administración, sin que deba ser posible su intervención en los litigios en que la Administración u organismos paraestatales actúan como parte.

XIV. Las diligencias para mejor proveer, pueden ser acordadas tanto por el Juzgado como por la Audiencia, sin que sea posible por vía de ellas solicitar una aclaración al informe del Abogado del Estado, y debiera fijarse un plazo máximo para su práctica.

XV. La intervención de Letrado debería ser preceptiva, facultándose a los litigantes para conferir su representación al mismo. En los casos de vencimiento parcial las costas deben compensarse.

XVI. Las medidas cautelares previstas en el artículo 273 del E. no son aplicables a los juicios de nulidad; ni tampoco es deseable lo sean en el futuro, porque impedirían la actual posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia anulatoria recurrida en casación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, 1947.
- ALLORIO: *La "Novella" processuale e una proposta di emendamento, en Giurisprudenza italiana*, 1948 (sépt.).
- BECEÑA: *Sobre la instancia única o doble en materia civil*. R. D. P. XX. 1933.
- BORETTINI: *La perizia nel proceso penale*. Padova, 1940.
- BUZOID: *Ação declaratória no Direito brasileiro*. Sao Paulo, 1948.
- CALAMANDREI: *Adio Chioventa en «Studi in onore di Redenti»*, Milán, 1951, vol. I.
- *Processo e giustizia*. Atti del I Congreso de Derecho Processual civil. Padova, 1953.
- *Instituzioni di Diritto Processuale civile secondo il nuovo codice*. Padova, 1944.
- *La relatività del concetto di azione*. Rivista di Diritto processuale civile. 1939. (Vol. XVI, Pte. 1.)
- *La definición del hecho notorio*, en «Estudios sobre el proceso civil». Trad. Sentis. Buenos Aires, 1945.
- CARNELUTTI: *Usucapione della proprietà industriale*. Milano, 1938.
- *La prova civile*. Roma, 1947.
- *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Guasp. Barcelona, 1942.
- CALVOSA: *Riflesioni sulla frade alla legge en el proceso*, en «Studi in onore di Enrico Redenti». Milán, 1945. V. 1.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*. Notarías. Madrid, 1941.
- CUCHÉ: *Precis de procédure civile et commerciale*. París, 1946.
- II CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL: *Conclusiones de la Comisión de Proceso civil*. Bol. informativo del I. E. D. P. 48-1954.
- III CONGRESO NACIONAL DE LA ABOGACÍA: *Conclusiones*. Valencia, 1954.
- CHIOVENTA: *Principios de Derecho Procesal civil*. (Trad. Reus.) Madrid, 1922-1925.
- DÍAZ VELASCO: *Analogías y diferencias entre la nulidad y la caducidad de las patentes de invención*. R. D. P. XXX. 1946.
- *Concesión y nulidad de patentes de invención*. Madrid. 1946.
- *Comentarios a Sentencias 9 abril 1947, 24 noviembre 1947, 10 mayo 1948, 30 junio 1948*. R. D. M. Vol. VII, núm. 19, 1949.
- *¿Serán erratas de imprenta? Examen crítico del Decreto de 26 de diciembre de 1947 por el que se modifica el vigente Estatuto de propiedad industrial*. R. D. M. Vol. IV, núm. 12, 1947.
- *Comentarios a Sentencia 2 junio 1949*. R. P. I. I, núm. 2, 1953.
- *Comentarios a Sentencia 16 noviembre 1946*. R. D. M. Vol. III, núm. 7, 1947.
- *Comentarios a Sentencia 7 abril 1949*. R. P. I. I, núm. 1, 1953.
- *El embargo preventivo en caso de usurpación de patentes de invención*. R. D. P. XXXI, 1947.
- DIVAR: *Instancia única o doble instancia, recursos*. Boletín I. E. D. P., núm. 45, 1954.

FRANCISCO FUENTES CARSI

- ESTASEN: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tomo VI. *Derecho Industrial de España*. Madrid, 1926.
- FAIRÉN GUILLÉN: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona, 1953.
- *Reducción y simplificación de los tipos procesales*. (Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, abril, 1954.)
- *El proceso de la Ley de Sociedades Anónimas*. Barcelona, 1954.
- *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago, 1949.
- *La moderna legislación procesal española en materia contenciosa*. Separata del Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela, núm. 53-54, 1949.
- *La apelación en el proceso del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas*. R. D. Pr. IX, 1953.
- *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*. R. D. P. XXXVIII, 1954.
- *Concentración*. N. E. J. IV, 1952.
- *La demanda en el proceso civil español*. Pretor, núm. 9, 1953.
- *Acción, Derecho Procesal y Derecho Político*. «Jus». Nueva serie. II. Milano, 1951, y R. D. Pr. VII, 1951.
- *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*. Barcelona, 1950.
- *Dictámenes sobre problemas procesales*. R. G. D. IX, 1953.
- *El proyecto de Z. P. O. austriaca visto por Franz Klein*. R. D. Pr., 1950.
- *Notas sobre el principio de concentración*. R. G. L. J., 1951.
- FENECH: *Derecho Procesal Penal*. II. Barcelona, 1945.
- FRAGA IRIBARNE: *La acción declarativa*. R. G. L. J., diciembre, 1944; enero, 1945.
- FRANCO NEGRO: *Los ultteriores desenvolvimientos de la reforma del proceso civil en Italia*. Trad. Maramés. R. D. Pr. A. (VIII-I). Buenos Aires.
- *Las recientes modificaciones del progreso civil italiano*. Trad. Givré. R. D. Pr. (V-1949).
- FUENTES CARSI: *Notas sobre la naturaleza jurídica de la acción de nulidad de registro y efectos de la sentencia en materia de propiedad industrial*. R. G. D. IX, 1952.
- *La acción reivindicatoria en materia de propiedad industrial*. R. G. D. VIII, 1952.
- FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova, 1935.
- GÓMEZ-ORBANEJA-HERCE QUEMADA: *Lecciones de Derecho Procesal*. (Vol. I.) *Derecho Procesal civil*. Madrid, 1946.
- GONZÁLEZ PÉREZ: *La pretensión procesal administrativa*. R. A. P., 1953.
- GOLDSCHMIDT, JAMES: *Derecho Procesal civil*. Trad. Prieto. Barcelona, 1936.
- GUASP: *Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales*. A. D. C., 1951.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*. Madrid, 1943.
- *La pretensión procesal*. R. D. Pr. Buenos Aires, 1951.
- HAMMELS: *Code des droits intellectuels*. Bruxelles, 1943.
- HEDEMANN: *Las presunciones en el Derecho*. Trad. Sancho Seral. Madrid, 1931.
- ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA: *Proyecto de modificación de normas procesales en propiedad industrial*.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS: *Dilaciones irregulares en el juicio ordinario de mayor cuantía*. (Trabajos de la Sección de Administración de Justicia.) Madrid, 1945.
- KOHLER: *Manuale delle privative industriali*. Milano, 1914.
- LOIS ESTÉVEZ: *Teoría del fraude en el proceso civil*. Santiago, 1948.
- MANRESA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*. Madrid, 1910.
- MARTÍ DE SALAZAR: *Jurisdicción competente para conocimiento de cuestiones de parecido o semejanza entre marcas susceptibles de inducir a confusión, como causa de nulidad de la posterior*. R. D. P. XXXVIII, 1954.

PROBLEMAS DEL PROCESO DE NULIDAD

- MASCAREÑAS: *La Propiedad Industrial*. (Legislación y Jurisprudencia.) Barcelona, 1947.
- MÉNDEZ DE VIGO: *Propiedad Industrial*. Madrid, 1916.
- MOLAS: *El artículo 271 del Estatuto de la Propiedad Industrial y los honorarios de los Abogados*. R. J. C., 1953.
- PEDREROL RUBI: *Algunas observaciones al Dictamen de la Sección de la Asamblea Nacional sobre el proyecto de D. L. de patentes de invención y garantías comerciales*. R. J. C., 1928.
- PELLA Y FORGAS: *Nuevo tratado de patentes de invención*. Barcelona, 1904.
- PELLA, RAMÓN: *Casos prácticos en Propiedad Industrial*. Barcelona, sin fecha.
- *Jurisdicción competente para la anulación de marcas*. R. J. C., 1949.
- *Tratado teórico-práctico de las marcas de fábrica y de comercio en España*. Madrid, 1912.
- PISTOLESE: *La prova civile per presunzioni e la c. d. masime di esperienza*. Padova, 1935.
- PLAZA, DE LA: *Derecho Procesal civil español*. Madrid, 1942-1943.
- *Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas*. R. D. P. XXVII, 1943.
- PRIETO CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal. I. Derecho Procesal civil*. 1. Madrid, 1952.
- *Derecho Procesal civil*. Zaragoza, 1946.
- *La acción declarativa*. Madrid, 1932.
- *Limitaciones de la apelación*. R. G. L. J., 1953. (Separata.)
- *Problemas del juicio de pequeña cuantía*. R. D. Pr. II, 1946.
- *Los hechos en casación*. En «Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal». Vol. I. Madrid, 1950.
- POLAINO: *La reconvencción contra el demandante y otra persona*. R. D. Pr. III, 1947.
- RAMELLA: *Tratado de la propiedad industrial*. Trad. de la R. G. L. J. Madrid, 1913.
- REDENTI: *Diritto Processuale civile*. I. Milano, 1952.
- REYES MONTERREAL: *En torno a las diligencias para mejor proveer*. R. G. D. X, 1953.
- RIPERT Y SOLUS: *Le Droit privé français au milieu du XXe Siècle. Les reformes de procédure civile etapes franchies et vues d'avenir*. Paris, 1950.
- RODRÍGUEZ SOLANO: *La demanda reconvenccional en la legislación española*. R. D. Pr. VI, 1950.
- ROSSELLÓ: *La Propiedad industrial y leyes que la regulan*. Palma, 1907.
- SÁNCHEZ PÉREZ: *La Propiedad industrial en España*. Madrid, 1945.
- SILVA MELERO: *Las sentencias constitutivas*. R. G. L. J., 1931.
- SCHONKE: *Derecho Procesal civil*. (Trad. Prieto, Cabrera y Fairén.) Barcelona, 1950.
- *El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil*. (Trad. Fairén.) A. D. C., 1950.
- TEIXIDOR: *La reconvencción en los juicios de nulidad de registro*. R. P. I., 1953.
- UNGRIA, ALFONSO: *Patentes de invención. La debatida cuestión del previo examen administrativo y aplicaciones a un nuevo régimen de concesiones en España*. R. P. I., 1953.
- VIADA, CARLOS: *Naturaleza jurídica de la pericia*. A. D. P., t. IV. Fasc. 1, 1951.
- ZANZUCCHI: *Diritto Processuale civile*. Milano, 1946.

Valencia, 15 de junio de 1955.

IMPRESO EN TIPOGRAFÍA MODERNA
VALENCIA

