

PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ

Contratado Predoctoral de Investigación FPU del MECD

Área de Derecho Procesal, Universidad de Jaén

pquesda@ujaen.es

CUESTIONES CONTROVERTIDAS
SOBRE LA COMPETENCIA
OBJETIVA ENTRE LOS JUZGADOS
DE PRIMERA INSTANCIA Y LOS
JUZGADOS DE LO MERCANTIL

PUBLICAT A LA

«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»

NÚM. 2, 2017

CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE LA COMPETENCIA OBJETIVA ENTRE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL*

por

PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ

Contratado Predoctoral de Investigación FPU del MECD
Área de Derecho Procesal, Universidad de Jaén
pquesda@ujaen.es

RJC, núm. 2-2017, pgs. 301-334

RESUMEN: *Se estudia el problema de la atribución de competencia objetiva en materias no concursales entre los juzgados de primera instancia y los de lo mercantil. La jurisprudencia permite extraer un principio rigorista o restrictivo en la atribución, con distintos criterios que permiten diferenciar los ámbitos. Uno de los problemas es la acumulación objetiva de acciones, de gran complejidad, y que precisa de una mejor adecuación legislativa ante el confuso panorama jurisprudencial. A raíz de la reforma de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio el artículo delimita hasta qué punto puede diferenciarse la figura de la acción colectiva en el ámbito de consumo, de otra figura afín como la acción agrupada, además del supuesto de acumulación de acciones individuales y colectivas.*

ABSTRACT: *This work discuss the problem of conferral of objective competence in non-insolvency matters between Spanish Courts of First Instance and Commercial Courts. A rigorous principle can be set out in the caselaw, with different criteria depending on the scope. One of the problems is the objective accumulation of actions, of great complexity, and which needs a better legislative adaptation facing the confusing jurisprudential criteria. Following the reform of Organic Law 7/2015, of July 21, this article delimits to what extent can be differentiated the figure of the collective action in the field of consumption, respect to another related figure as the subjective grouped action, in addition to the case of objective accumulation of individual and collective actions.*

* Referencia: FPU014/04912. Artículo realizado en el seno del Proyecto de Investigación: I+D+i del Plan Nacional: Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea, (DER2016-74843-C3-1-R), del que formo parte de su grupo de trabajo.

Palabras clave: *Competencia objetiva, acumulación de acciones, interpretación constitucional del Derecho procesal, interpretación no rigorista de las normas procesales.*

Keywords: *Objective competence, accumulation of actions, constitutional interpretation of Procedural law, not rigorous interpretation of rules of procedure.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO RESTRICTIVO, RIGORISTA O DE NO EXPANSIVIDAD DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL: INCIDENCIA EN EL DESLINDE DE COMPETENCIA DE LAS ACCIONES DE NATURALEZA ESTRICTAMENTE CIVIL. 1. El carácter tasado de las cuestiones del art. 86 ter y la delimitación del principio rigorista derivado del mismo. 2. Criterios para la atribución de competencias. III. LA PROBLEMÁTICA DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES COMPETENTES A LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL Y PRIMERA INSTANCIA. 1. Los criterios divergentes de la jurisprudencia: entre la aplicación analógica del art. 53 LEC y el ejercicio separado de acciones bajo la interpretación literal. El problema de la mens legislatoris. 2. La STS núm. 539/2012 y la aplicación del principio de interpretación constitucional del Derecho procesal. 3. La eficacia limitada de la STS num. 539/2012 en las audiencias provinciales. Propuesta de «lege ferenda» y aplicación del principio de interpretación no rigorista de las normas procesales. IV. EL EJERCICIO DE ACCIONES PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS TRAS LA REFORMA: PROBLEMÁTICA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS Y DISTINCIÓN CON LAS ACCIONES AGRUPADAS. 1. Marco de las acciones individuales y de consumo en la legislación española. 2. La acción agrupada. Diferencia con las acciones colectivas y atribución de su competencia al juzgado de primera instancia. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (de ahora en adelante LO 7/2015), por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (de ahora en adelante LOPJ), introdujo una reforma reestructuradora de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil (de ahora en adelante JM) sobre las materias atinentes al orden jurisdiccional civil de materia no concursal de especial trascendencia: los JM pasarían a conocer sólo las acciones colectivas en materia de legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios, frente al tenor anterior que incluía las acciones en general, bajo cuya dicción cabía la inclusión de las acciones individuales en ésta materia.

Los efectos prácticos no son baladí, y el más evidente es la descongestión de los JM, inundados por el tsunami de reclamaciones en materias de cláusulas abusivas causado por la jurisprudencia del TJUE.

El espíritu de la norma ha quedado especificado en el preámbulo de la LO 7/2015: la norma excluye que por esta vía se pueda atribuir a los órganos que se especialicen asuntos que versen sobre materias que por disposición

legal estuviesen atribuidos a otros de diferente clase, aún dentro del mismo orden jurisdiccional.

Así los problemas de competencia objetiva entre los JM y los Juzgados de Primera Instancia (de ahora en adelante JPI) por determinadas cuestiones civiles (que a los efectos del presente estudio acotaremos a las materias no concursales) no son una materia ni novedosa ni pacífica, cuestión que se puede apreciar de la rica jurisprudencia que ha germinado sobre el tema.

Igualmente la reforma genera zonas grises sobre el concepto de acción colectiva a los efectos competenciales que puede generar diversos problemas prácticos sobre los que se precisa clarificación, como su colisión con las acciones agrupadas.

Es por ello que estructuraremos el presente trabajo en dos partes esenciales. Por un lado nos centraremos en el problema anterior a la reforma originados con la competencia para el ejercicio de acciones civiles en contextos mercantiles, y se apuntarán los problemas derivados del ejercicio de acciones colectivas, sobre todo diferenciándose con la figura de las acciones agrupadas.

II. EL PRINCIPIO RESTRICTIVO, RIGORISTA O DE NO EXPANSIVIDAD DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL: INCIDENCIA EN EL DESLINDE DE COMPETENCIA DE LAS ACCIONES DE NATURALEZA ESTRICTAMENTE CIVIL

1. EL CARÁCTER TASADO DE LAS CUESTIONES DEL ART. 86 TER Y LA DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO RIGORISTA DERIVADO DEL MISMO

Como cuestión preliminar, es preciso señalar el marco general regulatorio y el primero de los incisos (a) del art. 86 ter 2 de la LOPJ. La redacción establece un listado cerrado de materias mercantiles, que se concreta en sus distintas regulaciones específicas: la competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, o societario¹. No obstante, la norma podría llegar a inducir a confusión por su apariencia de amplitud y su lenguaje («así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa...»), de la misma manera que por el resto de materias mercantiles al que alude dicho artículo.

De éste modo cabría preguntarse hasta qué punto cabría entenderse que puede producirse una infracción del art. 86.2 ter LOPJ, en relación a la naturaleza de los pedimentos efectuados en una demanda, derivándose o bien al JPI o al JM.

Como establece el AAP de A Coruña (Sección 5.^a), núm. 103/2012 de 31 julio en su FJ 2.º, el art. 86 ter 2 d) de la LOPJ relaciona un catálogo de materias cuyo conocimiento atribuye a los JM, de manera que éste, como

1. En este ámbito la doctrina señala que la delimitación de competencias es compleja, ya que la LOPJ en su art. 86 ter 2 no reconoce, como en otros casos (competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad), una competencia genérica, por razón de la materia, a los Juzgados de lo mercantil. *Vid.* F. CORDÓN MORENO, «¿Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de Primera Instancia?», *Revista de Derecho mercantil*, vol. 293, 2014, p. 3 (edición digital).

órgano especializado, carece de competencia objetiva para enjuiciar lo que no le viene expresamente atribuido, por razón de la materia, en dicho precepto legal (así lo tiene igualmente declarado el TS en su S. de 8 de marzo de 1993, en cuya resolución afirma que los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil en sus atribuciones no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas). El resto de las materias civiles no comprendidas en ese ámbito competencial incumbirían al JPI en base a la cláusula general de los juicios que no vengan atribuidos por la LOPJ a otros juzgados o tribunales según su art. 85.1 LOPJ.

En tales situaciones, para determinar la competencia, es necesario partir del examen de las acciones que constituyen el objeto del proceso. No sería suficiente la mera invocación de una norma relativa a la competencia especializada sino que es preciso examinar si esa invocación funda realmente la causa de pedir o tiene una función accesoria. Ello implicaría el examen del suplico de la demanda, así como del encabezamiento, lo que ayudaría a interpretar cuál ha sido la efectiva voluntad de las partes o la naturaleza del precepto vulnerado, evidenciándose si realmente las acciones ejercitadas puedan considerarse referidas al art. 86 ter 2 LOPJ su fundamento legal reside en la normativa mercantil señalada anteriormente.

Así, el AAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 31 de julio de 2013, destaca que en la aplicación del art. 86 ter, lo relevante para determinar la competencia de la jurisdicción mercantil especializada no son las alegaciones contenidas en el escrito de demanda, ni la procedencia de su fundamento, ni tampoco las concretas normas positivas invocadas como elemento jurídico accesorio de la causa de pedir; sino el objeto cuyo enjuiciamiento se somete al Tribunal, la concreta acción afirmada, identificada por las tres identidades clásicas: sujetos, *petitum* y causa de pedir (lo que en el supuesto comentado llevó a determinar la existencia de una pretensión principal de nulidad por falta de consentimiento contractual, considerándola cuestión ajena a la justicia mercantil especializada).

Siguiendo con la visión del AAP de A Coruña (Sección 5.^a), núm. 103/2012, si la pretensión de la parte actora se fundamenta puramente en la normativa civil (acción resolutoria o de cumplimiento de obligaciones del art. 1124 CC, de indemnización de daños y perjuicios causados por dolo, negligencia o morosidad contractual del art. 1101 CC, o aquiliana del art. 1902 y siguientes del CC, o nulidad o anulabilidad contractual por los vicios generales del contrato del art. 1300 CC y concordantes), la competencia objetiva para el conocimiento de la demanda corresponde a los JPI, puesto que el juicio no comprende un objeto con cabida en la competencia exclusiva y excluyente de los JM incluida en el listado del art. 86 ter 2 LOPJ.

En el caso estudiado de tal Auto, las acciones ejercitadas (antes de la reforma operada por la LO 7/2015) no eran ninguna de las previstas en la Ley 7/1998 de 3 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, de ahora en adelante LCGC (no se solicitaba la declaración judicial de nulidad de una cláusula o condición general que determinase su no incorporación al contrato o la nulidad de la totalidad o parte del mismo en base a tal Ley), determinando el Tribunal que en el comentado caso se trataba de una materia

puramente civil, atribuida al conocimiento de los JPI. Al instarse la declaración de nulidad y/o anulabilidad contractual de un contrato de suscripción de participaciones preferentes con restitución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios, con base en el Código Civil, alegando el error o vicio en el consentimiento (centrándose en la nulidad por vicio del consentimiento del art. 1261 CC) se entendió que la acción no pertenecía al ámbito competencial de los JM delimitado por aquel precepto. Tras el análisis de las peticiones contenidas en suplico de la demanda (declaración de nulidad de determinados contratos) se llegó a la determinación de que la competencia para conocer del asunto correspondía al JPI.

En igual sentido se pronuncia el JM núm. 1 de Pontevedra en su Auto de 1 junio 2010 al declarar que si se está ejercitando una acción de nulidad contractual genérica, distinta de la acción individual de nulidad de condiciones generales, constituye el fundamento para el cual motiva la declinación de la competencia de su juzgado.

El caso examinado en el auto de referencia, si bien se disputa la atribución de la competencia al JM con el punto de conexión de la LCGC (cuestión mercantil), refleja la idea de que si el pleito no comprende un objeto con cabida en la competencia exclusiva y excluyente del JM incluida en el listado del art. 86 ter LOPJ, y se ejercitan acciones basadas en la legislación civil ordinaria, no serán competentes los JM, sino la de los JPI. Por ello la jurisprudencia clarifica que para determinar la competencia, es preciso partir del examen de las acciones que constituyen el objeto del proceso. No basta la mera invocación de una norma relativa a competencia especializada sino que es preciso examinar si esa invocación funda realmente la causa de pedir o tiene una función accesoría.

Igual línea es la que sigue el Auto del JM núm. 1 de León núm. 579/2010 de 24 septiembre en su FJ 2.º, en el que el asunto sometido a enjuiciamiento se rechazó por corresponder su conocimiento a los JPI. De la lectura de la demanda se concluyó que la acción ejercitada se fundaba en la producción de un vicio en la formación del consentimiento contractual y en la consiguiente aplicación del art. 1265 CC, precepto invocado en la demanda, y que la actora utilizaba para fundamentar en el suplico su pretensión declarativa de nulidad del contrato.

No se acogió la tesis de la demandante sobre el encuadramiento de la demanda en materia de condiciones generales de contratación, ni de publicidad, porque del análisis del art. 12 LCGC, en la demanda rectora del procedimiento no se articuló ninguna de las pretensiones contempladas en dicho precepto (ni la acción de cesación, ni retractación ni la declarativa), pues de la lectura del suplico ni se desprendía que se dirigiese a obtener una sentencia que condenase al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo; ni a obtener una sentencia que declarase o impusiese al demandado el deber de retractarse de la recomendación de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas o abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

Por lo tanto, no pudiendo encajarse la pretensión ejercitada en ninguno de los supuestos tasados del art. 86 ter LOPJ, y ofreciendo como criterio in-

terpretador que la relación entre tal artículo y lo pretendido, fundamentado y solicitado en la demanda debe ser objeto de una aplicación rigurosa, se rechazó el conocimiento del asunto, con indicación a la demandante de la competencia de los JPI que resulten competentes por razón del territorio.

No sólo refuta la tesis, sino que deja claro que la aplicación rigurosa del art. 86 ter LOPJ, alegado de contrario, ha de implicar el encaje en alguno de los supuestos recogidos en el art. 86 ter LOPJ. Por ello, si en una eventual impugnación de la competencia objetiva hubiese una referencia genérica a la vulneración del art. 86 ter LOPJ, sin concretar ni razonar en qué supuesto se encaja la demanda dentro de tal precepto y su catálogo cerrado, no prosperaría la atribución de la competencia a los JM.

Por otra parte debemos especificar que en las resoluciones judiciales que hemos comentado en ningún momento la interpretación rigorista de la competencia objetiva ha obligado a las partes a especificar, justificar y argumentar el precepto legal en el que se fundaba la acción en la *causa petendi* o el *petitum*, pues los tribunales han interpretado de forma abstracta el encaje de la pretensión y el cuerpo de la demanda en la tipicidad de las acciones específicas originadas en la normativa mercantil concreta a la que alude el art. 86 ter LOPJ, rechazándola sólo en los casos en los que tal encaje era imposible (incluso de forma especulativa) dado el carácter indudablemente civil de la acción.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) núm. 234/2010 de 14 julio en su FJ 3.º vuelve a insistir en que una acción de reclamación de cantidad no debería ser objeto de conocimiento por el JM, aunque se encontrase relacionado con un contrato de franquicia, las Normas Generales de la Contratación y afectar a la propiedad industrial, estas últimas materias propias de la jurisdicción especializada mercantil, según lo dispuesto en el art. 86 ter LOPJ.

Al pretenderse en la demanda el cobro de determinadas cantidades que le eran adeudadas a la franquiciadora por el franquiciado como consecuencia de haber incumplido determinadas obligaciones derivadas del contrato, ni se ejercita una acción propia de la propiedad industrial ni se cita en la demanda ningún precepto relacionado con ese tipo de propiedad, o de la Ley de Marcas, o competencia desleal ni de las condiciones generales de la contratación, lo que podría conllevar la atribución de la competencia objetiva al JM.

De este modo, siguiendo el criterio de distintas Audiencias Provinciales², tales pretensiones estrictamente civiles no tiene encaje en el precepto citado de la LOPJ, por lo que no puede atribuirse la competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil, competencia que no puede derivarse del hecho mismo de que la relación objeto del pleito sea un contrato de franquicia u otro mercantil. De hecho, el art. 86 ter LOPJ no contiene un listado de contratos cuyo conocimiento, en todo caso, deba corresponder a los órganos mercantiles especializados, sino que se refiere más bien a determinadas materias, por la especial normativa aplicable.

2. Autos de las AAP de Madrid (13/3/2007, Sección 14, y 17/4/2008, Sección 28), Barcelona (de 5/11/2007, Sección 15), León (26/2/2007) o Sevilla (2/5/2007).

Lo que no podría hacer el JPI, por hallarse incluso en el ámbito competencial del juzgado de lo mercantil, es analizar o resolver cuestiones propias del mismo, si se hubiera, por ejemplo, solicitado la nulidad de alguna cláusula por abusiva, o cuestionado el derecho de propiedad industrial, etc. Pero al estudiar un supuesto de cumplimiento de obligaciones contractuales regidas por el Derecho civil común en ningún modo se produciría.

La SAP de Alicante núm. 255/2008 de 3 julio indica que la acción de reclamación de cantidad, derivada del incumplimiento contractual, no se funda jurídicamente en la legislación societaria. Se trata de una acción derivada de un incumplimiento de una relación jurídica preexistente entre las sociedades actoras. Por tanto, la acción que se ejercita como consecuencia de la relación contractual, con sustantividad propia, no tiene en ningún caso su fundamento en la legislación societaria.

En ninguno de los números del art. 86 ter LOPJ encuentra cabida la reclamación de cantidad dirigida contra el deudor societario. No se trata de una acción basada o fundada en la ley reguladora de las sociedades de capital: se trata de una acción basada en el Código Civil (arts. 1089, 1445, 1101 o 1740, entre otros).

Esta jurisprudencia define la diferencia entre una acción de incumplimiento derivada de un contrato preexistente y la naturaleza societaria de las partes, sin que para ello se funde en la legislación societaria. La calificación de la naturaleza de la acción como civil, basada en el Código Civil (acción de incumplimiento y restitución derivada de la misma o *aquiliana*) o mercantil se erige como requisito fundamental para la atribución de la competencia objetiva.

Igualmente el AAP de Sevilla (Sección 5.^a) núm. 156/2007 de 13 julio determina que el hecho de que la reclamación de una cantidad tenga su origen en un contrato de naturaleza mercantil no supone la competencia de los JM, volviendo a incidir de que si se ejercita una simple reclamación de cantidad, por el simple hecho de tener su origen en un contrato de naturaleza mercantil, no determina la competencia del JM, que se contrae exclusivamente al conocimiento de los asuntos que taxativamente enumera el art. 86 ter LOPJ, e indicando que el efecto procesal sería el de archivo de las actuaciones, sin que quepa remitirlas al Juzgado que se reputa competente objetivamente al no tratarse de un problema de competencia territorial, ni conflicto negativo de este tipo de competencia.

La jurisprudencia sentada en el Auto JM núm. 1 de Alicante de 12 enero 2005 establece que si la pretensión ejercitada no encuadra en ninguno de los supuestos que establece el art. 86 ter 2 que delimitan su competencia objetiva, y la relación litigiosa que liga a las partes no viene determinada por la legislación mercantil (en el caso de referencia societaria), y de la propia fundamentación jurídica de la demanda no se menciona ningún precepto de la legislación mercantil que justifique su pretensión, sino única y exclusivamente se trata una relación jurídica regulada en sus efectos y consecuencias por el Código Civil y/o Código de Comercio, quedarían claramente fuera del ámbito competencial de los JM, recayendo en los JPI, sin que la mera referencia a un precepto de la legislación específica mercantil

en el escrito de alegaciones contradiga tal concepción, calificándose como cuestión promovida al amparo de la normativa mercantil o societaria, pues de ser así cualquier relación jurídica concertada o aprobada por los órganos de administración de una sociedad mercantil (una compraventa de terrenos, un contrato de prestación de telefonía o de energía eléctrica, un contrato de franquicia, un arrendamiento...) conllevaría la atribución del asunto a los juzgados mercantiles, y el colapso evidente de los mismos, conclusión que no se puede admitir en una interpretación razonable y lógica de la Ley, ya que no todo pleito en el que intervenga una sociedad mercantil, por si sólo acarrea la competencia del JM. Por ello, y al margen de que las decisiones recaídas en otras jurisdicciones, la mera calificación doctrinal o legal como mercantil no implica que el competente para su conocimiento sea el juzgado de lo mercantil, sino que deberá ser encuadrada en alguno de los apartados del art. 86 ter LOPJ.

El Auto del JM de Alicante apunta la razón legislativa del principio de no expansividad de los JM en el deslinde de la competencia objetiva con el civil: los mismos, al concebirse como órganos judiciales especializados³, y de conformidad con el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, se inspiran en el principio de celeridad basado en un conocimiento limitado de asuntos de complejidad técnica que exige la existencia de Jueces y Magistrados con conocimiento específico y profundo de materia mercantil. Por ello, la atribución sistemática de asuntos haría decaer tal fin, provocando el colapso de tales juzgados especializados, hecho motivador de la LO 7/2015 ante la inundación judicial de reclamaciones en materia de cláusulas abusivas en contratos de préstamos bancarios garantizados con hipoteca. De lo expuesto (conocimiento limitado ante Jueces y Magistrados especializados) puede extraerse un principio rigorista, restrictivo o de no expansividad en la atribución de competencia de los asuntos no comprendidos en la norma a los juzgados de lo mercantil, como ha aplicado la jurisprudencia, que inspira el art. 86 ter 2 y se ha acentuado tras la reforma de la LO 7/2015 al limitarlo aún más, que constituye un argumento adicional en la configuración del principio.

-
3. Así, la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, creadora de los Juzgados de lo Mercantil, en su Preámbulo parece apuntarlo. Por un lado, *«la complejidad de la realidad social aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización (...) ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles. De hecho, el criterio seguido para esta atribución, dentro del orden jurisdiccional civil, no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un contraste pragmático de las experiencias que han adelantado en nuestra práctica judicial este proceso de especialización que ahora se generaliza»*. Es decir, el propio espíritu de la norma concibe unos JM con competencias muy delimitadas y concretas, cuya finalidad legislativa no es arrogarse la totalidad de materias que puedan concebirse doctrinalmente como de Derecho mercantil. Además, se busca un dictado de resoluciones *«con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios»*. El principio de celeridad en la resolución de asuntos que precisan una mayor especialización implica, como asegura la norma, una redistribución del trabajo, que podría verse minada por la atribución sistemática de asuntos al JM.

2. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Una vez estudiado el contenido y alcance del art. 86 ter 2, se hace preciso, por tanto, estudiar unos criterios que permitan dar respuesta a situaciones conflictivas de atribución de competencia objetiva.

En el AAP de Madrid (Sección 28.^a) núm. 149/2010 de 29 octubre, fj 3.º, recalca la idea de que los asuntos relativos a la transmisión de participaciones sociales corresponde al conocimiento de los JPI, cuando se fundamenta la pretensión en el Código Civil y no en la regulación de las sociedades mercantiles, ya que no se suscitara ninguna cuestión promovida al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles. En su caso se ejercitaría una acción de cumplimiento contractual con reclamación del abono de cantidades, con apoyo de fundamentos de derecho civil, sin que se plantee ninguna cuestión societaria relativa a la transmisión de las participaciones sociales, lo que sí pertenecería competencialmente a los JM.

Igual doctrina sienta el AAP de Sevilla (Sección 5.^a) núm. 169/2008 de 18 julio, recalcando que en una pretensión de condena a otorgar escritura pública de compraventa de participaciones sociales entre socios de las mismas sociedades la competencia de los JPI se extiende a todas aquellas materias del orden jurisdiccional civil que no se atribuyan expresamente en la LOPJ a otros órganos judiciales [art. 45 LEC 1 y 2 a)], y en concreto del JM en el art. 86 ter de la LOPJ, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia.

De esta forma se concluye que, bajo la jurisprudencia citada (la cual interpreta de forma conjunta los arts. 45 de la LEC y 85 y 86 ter de la LOPJ), el principio de no expansividad de la competencia da lugar a que, de forma general, no toda relación jurídica, aun teniendo relación con la dogmática o la materia de Derecho mercantil (como señala el Preámbulo de la LO 8/2003), no se encuadre dentro de ninguno de los supuestos establecidos y tasados en el art. 86 ter LOPJ para atribuir la competencia objetiva de los JM.

La SAP de Salamanca (Sección 1.^a) núm. 188/2012 de 4 abril, perfila que a la luz del apartado segundo letra a) del art. 86 ter LOPJ, si el caso que enjuiciado en el fondo del asunto no es propiamente societario, sino relativo a una simple reclamación de cantidad derivada de la obligatoriedad de los contratos o la indemnización derivada de los mismos (*ex* arts. 1091 y 1101 CC) en el incumplimiento de un contrato particular suscrito entre las partes litigantes, al margen de su posición como socios y administradores de una entidad mercantil, considerando la naturaleza de un pacto como parasocial ésta circunstancia obliga a enjuiciar el litigio únicamente desde la normativa civil relativa a las obligaciones y contratos. En ese caso la *litis* se sustenta en un documento contractual concertado libre y voluntariamente por las partes, al margen de las relaciones derivadas de la ostentación de cargos en la estructura orgánica societaria o de la condición de socio (y entendemos que con independencia de que el cargo o condición haya sido determinante para la consumación del acuerdo, o se haya gestado en un plano intrasocietario), igualmente competería el asunto a los JPI.

Aunque el contenido del contrato tenga que ver con tales condiciones, hay que valorar realmente si el pacto tiene o no contenido social (es decir, bajo el criterio de la Sentencia comentada, si forma parte de la escritura social o de los estatutos, o si es extrasocial). Así, el art. 29 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, de ahora en adelante LSC) señala que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad. En tales casos los pactos no disciplinan las relaciones entre los socios dentro de la sociedad, y por su naturaleza parasocial o extrasocietaria, concertado a posteriori, regulador de relaciones jurídicas al margen de la estructura y funcionamiento de la sociedad, no resultando oponibles como pactos societarios frente a terceros (como socios o acreedores), y su eficacia se limitaría al estricto ámbito privado (no societario) de los firmantes (y como se ha quedado detallado, de eficacia derivada del art. 1091 CC, no mercantil ni derivada de tal regulación).

De la sentencia comentada parece desprenderse un criterio de compatibilidad de la acción ejercitada con el Ordenamiento mercantil, en base al cual la simple conexión con la materia mercantil no sería un criterio atributivo *iuris et de iure*, sino que se exigiría que la materia mercantil especial no regurgite (como el ejemplo del art. 29 con la eficacia de los pactos parasociales) o atribuya la cuestión a los términos de la legislación civil.

A la luz de la jurisprudencia que analizamos, pueden extractarse tres criterios que pueden ayudarnos a dilucidar si las relaciones jurídicas enjuiciadas, por su naturaleza compleja o poca claridad, serían competencia de los juzgados especializados de lo mercantil o de primera instancia.

En primer lugar, debemos cuestionarnos la normativa conforme a la cual se ha consumado la relación jurídica (en la clásica dicotomía de civil y mercantil) y en la que se encasilla o encorseta la acción desde una perspectiva puramente formal de sistemática legislativa. Tal sería el supuesto, por ejemplo, las acciones de Derecho civil común derivadas estrictamente del Código Civil, aunque habría zonas grises, como aquellas acciones que se especifiquen en la legislación mercantil para Derechos esencialmente mercantiles aunque tengan reflejo en el Derecho civil⁴. Tal criterio sería insuficiente: como señala la doctrina: el simple hecho de que la pretensión ejercitada, aisladamente considerada, sea civil o mercantil no sería criterio suficiente para excluirla de la competencia de los juzgados de lo mercantil, y habrá que estar a la consideración global de la controversia que vincula a las partes y, por lo tanto, a las normas de derecho sustantivo⁵.

Igualmente habría que valorar la naturaleza jurídica de tal relación, preguntándonos si podría sobrevivir fuera del ordenamiento mercantil en el

4. Entendemos, por ejemplo, que una acción reivindicatoria derivada del art. 2 de la Ley de Marcas, que reclame un Derecho de propiedad de marca competiría al JM al ser una acción mercantil por la especialidad del derecho de propiedad y su regulación en la legislación mercantil, aunque la acción reivindicatoria general para todo tipo propietarios se regule en el art. 348.2 CC. Cuestión diferente sería, por ejemplo, la reclamación de la propiedad de un objeto con la marca del reclamante sin que se altere el derecho de marca en sí mismo considerado.

5. *Ibid.*, p. 3 (edición digital).

civil por la atribución y eficacia que le concede el Ordenamiento originario o si la especificación que le atribuye el Ordenamiento mercantil es tan grande que se sustantiviza alcanzando una naturaleza propia (como por ejemplo, el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores entablada por la sociedad *ex art.* 238 LSC, cuya naturaleza, legitimación y efectos en el plano societario la diferencian de la clásica acción *aquiliانا* del art. 1902 CC, constituyendo un punto de conexión suficiente con los juzgados de lo mercantil, o el ejemplo antes comentado de las acciones reivindicatorias generales y las derivadas de propiedad intelectual o industrial), a los efectos de competencia objetiva.

Por último habría que valorar la compatibilidad de la relación o negocio jurídico cuya competencia se debate con la legislación mercantil cuya competencia exclusiviza el art. 86 ter 2 LOPJ. Sirve como ejemplo el comentado: si la pretensión busca la modificación de una cuestión relacionada con la condición de socio al amparo de la legislación societaria no tendría ningún problema, pero si se enjuicia un pacto parasocial que por el art. 29 de la LSC se encuentra excluido de las relaciones societarias carecería de un contenido social puro, reconduciéndose a las disposiciones del Código Civil. Aunque tal criterio podría aparentar una contradicción en relación a la interpretación literal del art. 86 ter 2 LOPJ, entendemos que por aplicación de los principios que inspiraron en 2003 la creación de los JM, reafirmado con la reforma de 2015 ya expuestos (celeridad, y conocimiento restringido para fortalecer la especialidad, y que han llevado en la comentada reforma a constreñirlo más aún), podría justificarse una interpretación teleológica que asimile la compatibilidad con la normativa mercantil en el sentido que exponemos y en el que se han pronunciado algunos tribunales a la hora de analizar la competencia objetiva.

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES COMPETENTES A LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL Y PRIMERA INSTANCIA

1. LOS CRITERIOS DIVERGENTES DE LA JURISPRUDENCIA: ENTRE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 53 LEC Y EL EJERCICIO SEPARADO DE ACCIONES BAJO LA INTERPRETACIÓN LITERAL. EL PROBLEMA DE LA *MENS LEGISLATORIS*

En la materia de acumulación de acciones competentes objetivamente al juzgado de lo mercantil y de primera instancia existen dos materias controvertidas. Por un lado si sería posible la acumulación de acciones, y por otro cuál sería el juzgado competente para conocer del ejercicio acumulado.

El AAP de Las Palmas (Sección 4.^a) núm. 205/2007 de 14 noviembre plasma el principio de preferencia de la jurisdicción civil ordinaria frente a la mercantil en los supuestos que no encajen bajo la letra del art. 86 ter LOPJ, incluso si se trata de una acumulación de acciones. En el caso aludido, la cuestión sometida a consideración consistía en determinar cuál era el juzgado objetivamente competente en los supuestos en los se ejerciten acumuladamente acciones por incumplimiento contractual frente a una sociedad y la de responsabilidad de administradores.

Bajo el criterio de la jurisprudencia, no cabe considerarse en los supuestos de acciones acumuladas que la especialización de los JM supone una atracción de competencia objetiva frente a los órganos civiles carentes de especialización, en todo aquello que se conecte con materias competencia de los JM, viniendo a establecerse una *vis attractiva* a favor de éstos. Como comenta la doctrina, la pretensión del legislador del año 2000 fue constituir un órgano civil común para el conocimiento de todos los asuntos en primera instancia, simplificando los órganos jurisdiccionales con competencia general siempre que la ley no atribuye de forma expresa el conocimiento de ciertos asuntos a otros tribunales⁶.

Por el contrario, el criterio de esta jurisprudencia primigenia consideraba que la acumulación de acciones produciría la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia, pues la enunciación de materias del Juzgado de lo Mercantil *ex art. 86 2 ter* no es exclusiva y excluyente como acontece en su apartado 1 con la concursal. A favor de ello en tal caso se apoyaría el argumento de la analogía del art. 53. 1 LEC, bajo el criterio de la Audiencia, de que la acción referida a la reclamación de cantidad por impago del débito es fundamento de la acción mercantil de responsabilidad contra el administrador de la sociedad limitada. El JM no tendría competencia por razón de la materia para conocer de una de las acciones acumuladas, la civil de reclamación de cantidad derivada del incumplimiento de obligaciones contractuales, que constituiría el *prius*, fundamento o antecedente lógico de la acción mercantil acumulada de responsabilidad contra el administrador societario y por tanto no sería posible la acumulación ante dicho órgano judicial. Frente a ello los JPI se erigirían competentes para conocer en el orden civil de las demandas relativas a asuntos que no vengan atribuidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial a otros Juzgados o Tribunales creados en el mismo orden jurisdiccional (art. 85 LOPJ).

Y habiéndose ejercitado en la demanda del procedimiento analizado dos acciones acumuladas de reclamación de cantidad, una de cumplimiento contractual de cuyo conocimiento no podían conocer los Juzgados de lo Mercantil al no hallarse en el catálogo de materias del art. 86 *ter* LOPJ y otra de responsabilidad del administrador, se aceptó la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la demanda planteada (criterio que posteriormente interiorizaría una mutación, como ser verá).

Encontramos así uno de los principales problemas prácticos que pueden surgir en este ámbito: por un lado, la incompetencia de los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de materias que desborden el elenco del art. 86 *ter* LOPJ (aspecto que debe ser interpretado de forma restrictiva, como ya dijimos); y por otro lado que la acción constituya el fundamento o antecedente lógico de la otra, ya que si la acción civil ocupa una posición de mera instrumentalidad o accesoriedad respecto de la principal mercantil ejercitada⁷ [por

6. J. M. ASECIO MELLADO, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2013, pp. 214-215.

7. Así, la doctrina considera que el juez con jurisdicción y competencia para la acción principal sería el que ventilase la que fuese fundamento de las demás; en su defecto, del que deba conocer

ejemplo la acción de daños y perjuicios derivados de la violación del Derecho de marca, como especifica el art. 41 1 b) de la Ley de Marcas], podría entenderse que provocaría el conocimiento especial del juzgado que sea competencia de las demás por la aplicación analógica de la regla de competencia territorial en caso de acumulación de acciones del art. 53.1 LEC, en cuyo sentido favorable podría argumentarse el principio de economía procesal, como ha defendido la doctrina⁸.

No obstante, la teoría de la aplicación analógica del art. 53.1 LEC en los supuestos de clara duda en los que no pueda determinarse con precisión qué acción constituye el fundamento de la otra. La aplicación de ésta norma diseñada para resolver conflictos de competencia territorial puede tener un encaje más difícil en los supuestos de atribución de competencia objetiva, como así ha resultado⁹. Bajo el posicionamiento de ésta resolución y siendo imposible la acumulación de acciones sólo quedaría el ejercicio separado de las acciones, sin que la competencia de los órganos jurisdiccionales mercantiles supongan una atracción de competencia objetiva frente a los órganos civiles (con el consiguiente perjuicio para los principios de continencia o unidad de la causa y economía procesal, coste económico y eficiencia para la administración de justicia, si bien insubsanables por la atribución de la competencia).

La SAP Madrid (Sección 28.^a), núm. 132/2007 de 14 junio, en su FJ 1.º constituye un precedente muy considerable e ilustrativo de ésta situación para valorar la acumulación de acciones en acciones con competencia atribuída a los juzgados de lo mercantil y de primera instancia para asimilar el marco que ofrece la LEC. Como premisa, puesto que los JM no tienen atribuida competencia para el conocimiento de los contratos de distribución, excluye cualquier acción de nulidad derivada del Código Civil, así como las acciones resolutorias. De este modo entraría en la problemática de las acciones co-

el mayor número de acciones acumuladas; y en último término el juez del lugar de la acción más importante cuantitativamente en virtud del art. 53 LEC, pero deberá tener competencia por razón de la materia ya que de lo contrario no sería admisible la acumulación. *Vid. Ibid.*, p. 274.

8. *Vid. J. PICÓ I JUNOY*, «El problema de la acumulación de acciones ante los Juzgados de lo Mercantil», *Justicia: Revista de derecho procesal*, vol. 3-4, 2007, pp. 119 y ss., bajo cuya opinión, pese a que existen argumentos para atribuir el conocimiento acumulado, el principio de legalidad conduce inexorablemente a la imposibilidad de acumulación al faltar la homologación competencial. Ahora bien, como destaca el autor, que sea ésta la solución mejor fundamentada jurídicamente no quiere decir, como no lo es, que sea la más lógica atendiendo a los principios generales del derecho entre los que se encuentra la economía procesal, por lo que igualmente propone una reforma legislativa en ésta materia.
9. Un ejemplo puede ser el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a) núm. 62/2006 de 31 marzo, el cual sienta que a los juzgados de lo mercantil no se les atribuye competencia objetiva para conocer de las acciones derivadas de cumplimiento contractual incluso aunque estén reguladas por Derecho mercantil (por la lectura del art. 86 ter de la LOPJ), y por ello la acumulación de la acción de reclamación de cantidad contra la sociedad mercantil en tal caso (en la que el Juzgado Mercantil carece de competencia objetiva) con la acción de responsabilidad de administradores sociales (para las que se atribuye expresamente la competencia por el art. 86 ter LOPJ a los Juzgados de lo Mercantil) se trataba de una cuestión imposible.

nexas, afirmando que la conexión no puede constituir un criterio de atribución de competencia objetiva.

El art. 72 LEC establece el criterio de la conexión: «*podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir*». Interpretando la LEC, la SAP de Madrid núm. 132/2007 entiende que la conexión no puede constituir un criterio de atribución de competencia objetiva, sino únicamente un criterio de acumulación de acciones, lo que debería suponer un freno para el consolidado principio de flexibilidad de la acumulación de acciones conexas¹⁰. De este modo, ya se apunta que la acumulación de acciones requiere la concurrencia de previa jurisdicción y competencia por razón de la materia y la cuantía tanto para la acción principal como para la acumulada o acumuladas, como presupuesto exigido por el art. 73.1 1.º LEC (salvo para la acumulación entre juicio verbal y ordinario por razón de la cuantía, que debe señalarse como única excepción legal en la materia prohibiendo el resto de supuestos), cuestión reconocida por la doctrina¹¹. Como ejemplo, tal requisito se contemplaría para otros supuestos legales, como la reconvencción, prohibida cuando el Juzgado careciese de competencia objetiva (art. 406.2 LEC). En suma, tal marco legal en su conjunto no debe entenderse como una mera literalidad, sino como una interpretación teleológica de la *voluntas legis* en la atribución de competencia judicial y consecuencia razonable del principio de legalidad, y como ahondaremos, de la propia mente del legislador.

Consecuencia de la interpretación de la exigencia de concurrencia de competencia objetiva del art. 73.1 a la luz del principio de legalidad, si bien la conexión se ha utilizado como criterio para facilitar la acumulación de acciones, ha de exigirse el cumplimiento del presupuesto previo de la concurrencia de competencia objetiva. Siguiendo este razonamiento el elenco de materias en las que se ha justificado la acumulación es amplio: la necesidad de evitar la ruptura de la unidad del procedimiento (STS de 14 de octubre de 1993), evitar el cercenamiento de la defensa (STS de 24 de julio de 1991), la división de la continencia de la causa (STS de 24 de julio de 1996) o el evitar

10. Buena muestra de esta idea es la reflexión de la Audiencia Provincial de Islas Baleares en el Auto núm. 72/2013 de 29 abril. Parte de la STS de 30 de mayo de 1998, que alude al criterio de flexibilidad para interpretar la procedencia de la acumulación de acciones en relación con la conexidad causal del art. 156 de la antigua LEC de 1881 (hoy art. 72 LEC), es decir, el nexo que se exige en relación con el título o la causa de pedir. Frente al principio de flexibilidad la Audiencia esgrime la prohibición de conocimiento del juez en acumulación cuando no concorra incompetencia material (hoy en el art. 73 LEC), es decir, se establece un criterio de improrrogabilidad de la jurisdicción a Jueces que no la tuvieran por razón de la materia, en base a la cual el TS ha denegado acumulaciones en infracción de la norma (ejemplificado con la STS 28-6-2000, recurso 1170/95). Por ello considera que, si bien la flexibilidad es un criterio de interpretación de los requisitos para acordar la acumulación, la competencia objetiva del órgano judicial es un presupuesto para la aplicación de tal criterio de flexibilidad.

11. Así, *vid.* J. MONTERO AROCA; J. L. GÓMEZ COLOMER; S. BARONA VILAR; M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 166; en referencia a la acumulación exclusivamente objetiva.

decisiones discrepantes (STS de 16 de octubre de 1990), pero en todo caso concurriendo previa competencia objetiva como señala la Sección 28.^a de la AP de Madrid. Pero en los referidos no se ha admitido la acumulación de acciones si no concurre previa competencia objetiva. La conexión se configura como criterio de acumulación, pero no de atribución de competencia objetiva según la tesis de la Sección referida, poder jurídico que la LEC no permite en sus preceptos al juzgador *ex nihilo*. De hecho, como se afirma, el presupuesto analizado no puede ser derogado a propósito de una acumulación de acciones¹².

El principio de exclusividad de los órganos especializados de la jurisdicción civil se configuraría como argumento invocable, y la jurisprudencia declara que un órgano jurisdiccional no puede conocer por acumulación aquello que no podría conocer nunca por razón de la materia si se hubiese ejercitado por separado la acción (STS de 20 de febrero de 1986). En el caso de la sentencia comentada de la AP de Madrid ni la acción de nulidad al amparo del Código civil ni de resolución de un contrato de distribución se encontrarían atribuidas a los JM. En la propia sentencia se señala que a lo largo del trámite parlamentario de la reforma de la LOPJ por la que se determinaron las competencias de los JM (LO 8/2003) se rechazaron en sede parlamentaria las enmiendas que proponían que dichos Juzgados conocieran de las demás acciones que se acumulen a las comprendidas en las expresamente señaladas (Enmienda núm. 22 del Congreso, del Grupo Parlamentario Socialista y enmiendas núms. 9 y 13 del Senado, de los Grupos Parlamentarios Entesa Catalana de Progrés y Socialista respectivamente, cuyo texto era «*Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: (...) las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores*»¹³), por lo que no cabría duda de que la voluntad clara de la *mens legislatoris* es delimitar las competencias atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil, que se concretan en las expresas del art. 86 ter LOPJ, como se ha tratado en el anterior epígrafe y como presupuesto a la hora de tener en cuenta para valorar la posibilidad de acumulación, mantenida en la reciente reforma de la LO 7/2015, que incluso ha restringido el ámbito de aplicación del artículo (excluyendo las acciones individuales de consumo), lejos de asimilar la acumulación.

Igualmente la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid advierte que la atribución de acumulación de acciones no podría sostenerse en base a los Derechos a la tutela judicial efectiva o a un proceso sin dilaciones indebidas, opinando la Audiencia que difícilmente puede entenderse vulnerado derecho alguno por la observancia de las normas de competencia o alterarse éstas por evitar la duplicidad de procedimientos; y que incluso desde una

12. J. M. ASENCIO MELLADO, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, cit., p. 274.

13. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: 29 de noviembre de 2002, VII Legislatura, núm. 102-14, p. 41 (visto en <http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/congreso/bocg/A0102-14.PDF>); y Senado, Serie II, 9 de mayo de 2003, VII Legislatura, núm. 121 (c), pp. 14 y 16, (visto en <http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/bocg/I10121C.PDF>).

óptica voluntarista se crearía una confusión e inseguridad jurídica en la aplicación dispar de las normas en un problema de disposición legal como es la competencia, en la que el debate se reduciría a su ostentación o no. La tesis del ejercicio separado de acciones por similares argumentos fue igualmente respaldada por la Sección 28.^a de la misma Audiencia para los supuestos de ejercicio de acción de responsabilidad junto con otras civiles en el Auto de 24 de abril de 2008.

2. LA STS NÚM. 539/2012 Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PROCESAL

No obstante, tal posicionamiento y argumentación puede verse refutado en base a la eficacia del derecho de tutela efectiva, a partir de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 539/2012 de 10 septiembre, la cual puede señalarse como punto de inflexión en ésta materia y en la que, como señala la doctrina, el carácter absoluto del presupuesto de competencia en la acumulación cedió¹⁴.

Así, en el supuesto se ejercía una acción de cumplimiento en reclamación de cantidad, y una acción de responsabilidad del administrador, cuyo ejercicio separado se discutía por la diferencia de atribución de competencia objetiva. El Juzgador Supremo parte de la existencia de una discrepancia de criterios entre las audiencias provinciales y su propósito nomofiláctico de unificar la interpretación de la ley en la procedencia o no de acumular las acciones de reclamación de deudas contra una sociedad y de responsabilidad contra sus administradores por su impago, como primera problemática, y la determinación de si la competencia para conocer de las acciones acumuladas correspondería a los JPI o de los JM. La Sala de lo Civil consideró que la acción de reclamación de cantidad (civil) y la acción de responsabilidad de los administradores (mercantil) pueden ser acumuladas para su tramitación y decisión en un mismo proceso ante los JM.

El TS reconoce que las reglas generales sobre acumulación no amparan tal conclusión, criterio puesto de relieve por la jurisprudencia anterior, calificando el art. 86 ter LOPJ como una regla de atribución de competencia objetiva, no una simple norma de reparto de carácter imperativo sujeto a diverso rango de reserva de ley lo que devendría en tal artículo como una norma de competencia objetiva¹⁵; y la exigencia del art. 73 LEC de que la acción principal posea jurisdicción y competencia para que fuese admisible su ejercicio acumulado, así como el carácter cerrado de las materias competencia del art. 86 ter LOPJ.

No obstante, admite la acumulación de acciones por varias razones. La primera es la existencia de conexión por la existencia de prejudicialidad (el éxito de la acción frente a la sociedad se entendió presupuesto para que procediese la responsabilidad de los administradores). Igualmente, se valoró que

14. *Ibid.*, p. 274.

15. F. CORDÓN MORENO, «¿Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de Primera Instancia?», cit., p. 1 (edición digital).

la concurrencia de las circunstancias que determinaban la acción de responsabilidad eran las cuales sobre las que gravitaría el peso del proceso, siendo presupuesto común el incumplimiento de la sociedad; y que la finalidad perseguida con ambas acciones es única: el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento por la sociedad.

Interpretó el TS que la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales constituía una responsabilidad por deuda ajena con la naturaleza de responsabilidad solidaria impropia exigible por los acreedores de la sociedad, en íntima relación causal con el incumplimiento por parte de la sociedad. Tal valoración material implicaba en términos prácticos que si no se admitía la acumulación, la exigencia de responsabilidad a los administradores por incumplimiento de deudas sociales comportaba la exigencia de interponer una doble demanda ante los juzgados de primera instancia, y ante los juzgados de lo mercantil, competentes respectivamente para conocer de la responsabilidad de la sociedad y los administradores; lo que constituía una carga injustificada de una duplicidad del proceso desproporcionada y contraria al derecho a la tutela judicial efectiva al imponer al acreedor la necesidad de interponer dos demandas ante órganos jurisdiccionales distintos para el ejercicio de una única pretensión de resarcimiento, teniendo los dos procesos la misma finalidad, siendo interdependientes y promovidos por un mismo acreedor frente a dos obligados solidarios (acreedores y sociedad), redundando en la efectividad del crédito.

En esa tesitura valoró la Sala que tal situación no responde a la voluntad de la ley, sino a una laguna legal (cuestión objetable, bajo los argumentos señalados anteriormente por la AP de Madrid), considerando que la LEC no permite directamente la acumulación de acciones en estos supuestos, pero tampoco resuelve las situaciones de prejudicialidad entre los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil.

Por ello se consideró la existencia de una norma implícita en el art. 43 LEC, relativo a la prejudicialidad civil, en virtud de la cual los tribunales civiles pueden resolver las cuestiones civiles prejudiciales que se les planteen si no se decide que se ventilen en otro procedimiento ante el órgano competente a petición de alguna de las partes, lo que resultaría insuficiente por la imposibilidad de obtener una resolución definitiva ni con condena (sino a los meros efectos prejudiciales), siendo además la imposibilidad de acumulación premisa para el conocimiento en sede prejudicial. En nuestra opinión puede obtenerse una medida efectiva, como es la suspensión de un procedimiento para evitar el fallo contradictorio, pero tal medida resultaría ineficiente en aquellos casos que precisasen de un conocimiento unificado, como el estudiado (responsabilidades solidarias con distinta competencia).

Por ello, afirma el TS que el principio de interpretación de las normas legales con arreglo a la Constitución (art. 5 LOPJ) y la finalidad de evitar la aplicación de un criterio procesal que podría ser determinante de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, obliga a examinar si es posible hallar una solución más allá de la posible inconstitucionalidad de las normas afectadas ante la conexión intensa de las

acciones. Tal interpretación fue secundada en la STS núm. 324/2014 de 24 junio¹⁶.

Bajo el prisma constitucional puede esgrimirse otro argumento en contrario, pues la doctrina considera que la predeterminación legal de la competencia y su establecimiento por ley previa constituye una garantía constitucional, y en ese sentido sólo podría gozar de competencia el tribunal cuando la misma haya sido establecida con una ley anterior a la incoación de las actuaciones, sin que sea admisible constitucionalmente la atribución de competencia a un órgano distinto iniciado el proceso, en base a la aplicación de las normas procesales en función de su vigencia en relación con el proceso (art. 2 LEC)¹⁷.

Como consecuencia de la sentencia que comentamos la Sala de lo Civil posibilita la aplicación analógica de las normas sobre acumulación permitiendo admitir la procedencia de la acumulación de las acciones comentadas, teniendo en cuenta que la prohibición de la acumulación de acciones ante un tribunal que carezca de competencia para conocer de alguna de ellas admite diversas excepciones, entre las que figura que así lo disponga la ley para casos determinados (art. 73.2 LEC). En tal caso fue entendido que la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales, en relación con la insolvencia de la sociedad y con el impago de sus deudas conlleva implícitamente el mandato, exigido por el respeto al derecho de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, de la posibilidad de acumulación de ambas acciones. En definitiva, la autorización para la acumulación «cuando así lo dispongan las leyes» (art. 72.2 LEC) fue complementado con el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸.

Y sentada la posibilidad de acumulación, se determinó en la STS 539/2012 que el órgano competente para la decisión con la acumulación se trataba de los Juzgados de lo Mercantil, en el sentido que la acción más específica era la de responsabilidad de los administradores, la cual tiene carácter principal respecto de la acción por incumplimiento social, que operaría con carácter prejudicial respecto de la primera, aplicando de forma analógica las normas sobre la prejudicialidad civil, (así dispone el art. 43 p. 1.º LEC que la pretensión prejudicial civil sería aquella en cuyo objeto litigioso es necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, distinguiéndose entre la cuestión principal generadora de prejudicialidad y la secundaria). No obstante, destacamos que la propia determinación de la acción principal y la secundaria, lejos de resolver el conflicto, puede entablar el riesgo de volverlo más complejo, y el art. 43 LEC no establece la obligación legal de que el pro-

16. E incluso, en la STS núm. 249/2013 de 25 abril, se consideró criterio válido para determinar la competencia del mismo tribunal para conocer de la reclamación de cantidad fundada en unas determinadas cláusulas del contrato y también de los aspectos de estas mismas cláusulas que pudieran determinar la improcedencia de la indemnización por encubrir una vulneración del Derecho europeo de la competencia.

17. J. M. ASENSIO MELLADO, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, cit., pp. 213-214.

18. *Ibid.*, p. 274.

ceso secundario sea conocido ante el mismo tribunal que conoce del principal prejudicial (con la expresión ante el mismo o distinto tribunal civil)¹⁹.

Por ello, ante la ausencia de una regulación legal específica, considera el Tribunal Supremo preferible tal solución derivada de la aplicación del principio de disposición por la parte demandante (art. 71.2 LEC, en el caso de acumulación de acciones) o mayor antigüedad del proceso (art. 79.1 LEC, en el caso de acumulación de procesos), articuladas como respuestas que el Ordenamiento procesal ha configurado en relación a la situación de órganos judiciales con competencias paralelas.

Respecto al juzgado competente, el TS remacha que la norma de atribución de competencia residual a los Juzgados de Primera Instancia establecida del art. 45 LEC no puede prevalecer frente a la norma de especialización competencial de los juzgados de lo mercantil del art. 83 ter LOPJ. El principio de *vis attractiva* generado por el Ordenamiento procesal para atribuir la competencia residual en el Orden civil a los juzgados de primera instancia (arts. 85.1 LOPJ y 45 LEC), si bien es una circunstancia que el Alto Tribunal no niega, entiende por el contrario que no puede prevalecer frente a la norma de especialización competencial de los juzgados de lo mercantil en el art. 83 ter LOPJ, pues ésta, sin alejar la materia del orden jurisdiccional civil, va encaminada a la necesidad de avanzar en el proceso de especialización de éstos a que lleva la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo, según se declara en la Exposición de Motivos de la LO 8/2003, y éste principio quedaría en entredicho si se acepta la competencia de los juzgados de primera instancia para el conocimiento de las acciones acumuladas, lo que justificaría la producción de una alteración mínima en el sistema de distribución de competencias por implicarse una sociedad mercantil, lo que entiende respetuoso con la efectividad de la reforma que condujo a la creación de los JM en consonancia con la no producción de indefensión a las partes al no lesionarse las posibilidades de alegación y defensa (en base a que la acumulación no implica la modificación del tipo de proceso en el que se ejercitan las acciones acumuladas ni modifica el sistema de garantías procesales ni de recursos que pueden ser utilizados por las partes), por lo que sería competente el JM para el conocimiento acumulado.

3. LA EFICACIA LIMITADA DE LA STS NUM. 539/2012 EN LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTEPRETACIÓN NO RIGORISTA DE LAS NORMAS PROCESALES

Debe tenerse en cuenta, al hilo de lo comentado, que el art. 238 LOPJ sanciona con la nulidad de pleno derecho del acto procesal cuando dicho

19. La cuestión no es fácil. Muestra de la complejidad argumentativa que puede surgir, el AAP de Islas Baleares (Sección 5.ª), núm. 72/2013, de 29 abril, a la hora de estudiar una acumulación de acciones en ejercicio acumulado de acciones contractual y extracontractual por defectos y deficiencias de obra en la difícil interpretación del art. 86 ter LOPJ y 73 LEC, plantea la imposibilidad para determinar la naturaleza principal o subsidiaria de una acción u otra, lo que llevaría a una reconducción buscando el criterio analógico del art. 53 LEC, es decir cuál es la acción que constituye el fundamento del resto (en el caso estudiado, determina que con carácter previo a la responsabilidad exista deuda).

acto se produzca por o ante un tribunal con falta de competencia objetiva o funcional (p. 1.º), tipificándose expresamente y no exigiendo condicionantes para la aplicación de la sanción de nulidad en todo su rigor (a diferencia como por ejemplo pasa cuando se prescinden las normas esenciales del procedimiento en el p. 4.º, supuesto en el que se exige que se haya producido indefensión como efecto, por lo que entendemos que el parámetro de la ausencia de indefensión no puede alegarse para una relajación normativa).

De hecho, la Sala Segunda ha aplicado tal doctrina en el ejercicio acumulado de acciones de reclamación de deudas contra la sociedad y contra su administrador con posterioridad en la Sentencia núm. 315/2013 de 23 mayo y la Sentencia núm. 253/2016 de 18 abril²⁰, así como diversas Audiencias Provinciales²¹, pero siempre ante los mismos presupuestos de hecho.

Entendemos que tal valoración debe acogerse con cautela, y que el TS adecúa y relaja la aplicación del Derecho a un supuesto específico de contenido material determinado (con una vinculación muy estrecha entre las acciones) en el caso de la Sentencia núm. 539/2012 de 10 septiembre, en el sentido que no debería interpretarse como una declaración genérica para el conocimiento general de asuntos civiles conexos a mercantiles a los JM²², cuestión que entendemos contrario al espíritu de la norma de la LO 8/2003 y prohibido por la misma por las razones anteriormente expuestas.

A favor de éste posicionamiento, los Autos de la Sección 28.ª de la AP de Madrid núm. 1/2016 de 15 enero y 23/2016 de 19 de febrero consideran que la jurisprudencia citada no sería aplicable si no existe conexión ni relación de prejudicialidad, ni si las acciones ejercitadas responden a la misma fina-

20. Si bien ésta última matiza la aplicación de oficio de ésta doctrina *ex art.* 48.2 LEC en el tiempo por el aforamiento de la jurisprudencia en 2012, en pos de evitar un «peregrinaje de tribunales». El demandante había interpuesto demanda ante los Juzgados de lo Mercantil, que se negó a conocer del asunto, redirigiéndose el mismo al Juzgado de Primera Instancia, sin que la demandada formulara objeción alguna en primera instancia, planteando la demandada la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva en el recurso de apelación a la luz de la jurisprudencia iniciada con la STS 539/2012 de 10 septiembre. Aplica igualmente el TS las Sentencias 241/2015, de 6 de mayo, y 531/2015, de 14 de octubre, en base a las cuales si la falta de competencia objetiva no ha sido denunciada oportunamente mediante la declinatoria, no es preciso que el tribunal tenga que extenderse en la justificación de su propia competencia objetiva, incluso en el caso de que alguna de las partes haya pedido que haga uso de su facultad de declarar de oficio su propia falta de competencia.

21. Entre otras, SAP Las Palmas (Sección 5.ª), núm. 441/2014, de 13 octubre; SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), núm. 195/2014, de 9 junio; SAP Huelva (Sección 2.ª), núm. 70/2014, de 16 mayo; SAP Almería (Sección 3.ª), núm. 287/2013, de 10 diciembre; SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), núm. 86/2013, de 6 marzo.

22. De hecho algunos órganos jurisdiccionales, como la AP de Girona en su Sentencia núm. 261/2014 de 2 octubre, interpretando la aludida Sentencia del Alto Tribunal de 10 de septiembre de 2012, consideran que tal resolución habilita a aceptar la posibilidad de acumular acciones cuya competencia sea de órganos jurisdiccionales distintos siempre que existan situaciones de prejudicialidad entre una acción y la otra, lo que justifica para acumular una acción de nulidad de la cláusula suelo con su nulidad, atribuyendo el conocimiento de las acciones acumuladas al JM.

lidad (porque la declaración de solidaridad pretendida sea causa atributiva de competencia por la reserva de ley de la materia). Resulta destacable su interpretación de la reserva de ley procesal, que señalamos vinculada a la argumentación del principio de legalidad antes destacado, alegando que la economía procesal no puede ser un criterio atributivo de competencia, y que las circunstancias concurrentes en la STS núm. 539/2012 de 10 septiembre son claramente excepcionales, debiendo primar la vigencia del art. 73.1.1.º LEC y su plena aplicabilidad impidiendo la acumulación de acciones cuando el juez no goce de competencia objetiva para el conocimiento de todas las acciones. En tales supuestos la acumulación en los JM de una acción que de ser ejercitada de forma aislada se residenciaría en los JPA sería improcedente.

Otro argumento interesante que milita a favor de ésta interpretación es el ofrecido por el AAP de Zaragoza (Sección 5.ª) núm. 650/2012 de 14 diciembre, según el cual la acumulación sistemática ante los juzgados de lo mercantil implicaría dejar en manos de la parte actora la determinación de la competencia de los juzgados mercantiles de cualquier litigio que mantengan con una sociedad por reclamar simultáneamente la responsabilidad de los gestores sociales. Ante esto, si la competencia objetiva es diferente, no puede olvidarse que las normas procesales que determinan los cauces procedimentales a seguir (como el art. 73.1.1.º LEC) son de orden público, y su inobservancia produce la nulidad de lo actuado.

Entendemos que una aplicación rígida del art. 86 ter LOPJ que conduzca al ejercicio separado de las acciones conexas en los respectivos juzgados de lo mercantil y de primera instancia constituye una carga procesal desproporcionada para la totalidad de las partes de un litigio, pero la interpretación realizada por la jurisprudencia puede desembocar en diversos problemas. Por un lado, la difícil calificación de qué acción puede considerarse principal y secundaria o fundamental, fuera de los parámetros interpretativos analógicos de la prejudicialidad civil o la acumulación territorial. Muestra de ello es que la interpretación de los preceptos procesales aplicables a éste supuesto de acumulación objetiva resulta caótica y compleja por la cantidad de aplicaciones analógicas y transgresión o relajación de normas procesales imperativas. La aplicación del principio de interpretación de las normas legales con arreglo a la Constitución o vulneración a la tutela judicial efectiva fuera de los supuestos de posibles lagunas jurídicas o antinomias y en contraposición al texto literal de la Ley procesal civil (art. 73.1.1.º LEC), si bien debe contemplarse como un instrumento posible para evitar supuestos de injusticia notoria (como el expuesto) en ningún modo puede volverse una argumentación habitual de los Tribunales españoles, ya que fuera de tales casos aislados de especial consideración como el estudiado en la STS de 10 de septiembre de 2012 podría entenderse contrario a los principios de seguridad jurídica y legalidad procesal (especialmente justificada por la determinante voluntad legislativa) que igualmente informan el Ordenamiento jurídico.

Por ello sería aconsejable, *de lege ferenda*, codificar los supuestos específicos de acumulación de acciones de competencia objetiva dispar en los

juzgados de lo mercantil y de primera instancia²³, bien en el sentido apuntado por la STS de 10 de septiembre de 2012 abogando a favor de la acumulación con conocimiento de los juzgados de lo mercantil o en el sentido, supuestos y presupuestos en los que el legislador lo estime oportuno; pudiendo seguir el espíritu constitutivo de los juzgados de lo mercantil bajo los planteamientos de la LO 8/2003 de conocimiento limitado de asuntos o no, pero en todo caso debiendo prever el impacto de la atribución de asuntos en la planta y organización de los juzgados y tribunales especializados en lo mercantil tal y como se encuentran configurados a día de hoy por la previsión legislativa inicial, mantenida en la LO 7/2015.

Así, entendemos que la exclusión del conocimiento de las acciones acumuladas a las competentes al juzgado de lo mercantil en el art. 86 ter 2 derivado del *iter parlamentario* y las suficientes reformas constituye una opción legislativa plenamente válida y expresa que excluye la aplicación analógica (en base al art. 4 del Código Civil) del art. 53.1 LEC (siguiendo la interpretación STS 367/2016, de 3 de junio), debiendo circunscribirse la aplicación del art. 73.1 1.º LEC (acumulación objetiva de acciones) a los supuestos de acciones que tengan competencia objetiva.

Cuestión distinta es la eventual aplicación por la aplicación del principio de no interpretación rigorista (*vid.* SSTC 6/2008 de 21 enero y 39/2015 de 2 marzo), en base a las cuales la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva excluye que la normativa procesal se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican cuando se trata del acceso a la jurisdicción. En base a ésta doctrina, la apreciación de la concurrencia o no de los presupuestos y requisitos materiales y procesales constituyen cuestiones de estricta legalidad ordinaria, pudiendo someterse a control las decisiones sobre la concurrencia o no de presupuestos y requisitos procesales (como exige el art. 73.1) en aquellos supuestos en los cuales la interpretación efectuada de la normativa aplicable sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, o cuando del acceso a la jurisdicción se trate, en los casos en los que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva²⁴.

De ahí que, si bien la normativa introductora de los juzgados de lo mercantil establece el principio restrictivo, debe tenerse en cuenta ante todo la

23. Como igualmente ha reclamado en éste sentido la doctrina, *vid.* J. PICÓ I JUNOY, «El problema de la acumulación de acciones ante los Juzgados de lo Mercantil», *cit.*, p. 121.

24. Puede verse, en ese sentido, R. CABRERA MERCADO, «Ejecución hipotecaria y control de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas», en Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ, Salvador TOMÁS TOMÁS (eds.) *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2014, pp. 285 y ss. Ahí, siguiendo a CALAMANDREI, señala que el proceso – dentro de los límites del principio de legalidad– debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos que sea lo menos injusta posible, o que la sentencia injusta sea cada vez más rara. Para el maestro italiano, la jurisprudencia debe ser una ciencia útil, esto es preordenada a los fines prácticos de la justicia. Por ello rehúsa de un Derecho procesal «puro» y de su divorcio del Derecho sustantivo, con el olvido de que el primero tiene un carácter instrumental respecto del segundo y la búsqueda de la justicia concreta, rechazando lo que él denominaba la «autarquía procesalista».

finalidad de la normativa procesal de cabecera, como es el P. VIII de la Exposición de Motivos de la LEC: un criterio inspirador claro es la escasa justificación de someter a los justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo. Consecuencia de ello es la inspiración básica de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que cualquier proceso conlleva, por lo que el régimen de la pluralidad de objetos debe pretender la economía procesal y, a la vez, una configuración del ámbito objetivo de los procesos que no implique una complejidad inconveniente en razón del procedimiento que se haya de seguir o que, simplemente, dificulte, sin razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios.

Este fin justificaría la aplicación del principio de no interpretación rigorista de las normas procesales a la acumulación objetiva al entender que el marco legal que exponemos es manifiestamente irrazonable (de lo contrario el ejercicio separado de acciones produciría todos los efectos perjudiciales en determinados casos ya expuestos: economía procesal, riesgo de sentencias contradictorias, costes excesivos para los particulares, etc.), completando los requisitos de acumulación, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, y que a nuestro entender podría justificar la acumulación relajando el rigor del art. 73.1 y *contra legis*. Ello no puede dar patente de curso a una muy defectuosa técnica parlamentaria, claramente lesiva para los intereses particulares en materia de acumulación de acciones, y generadora de una jurisprudencia incierta y alejada del principio de legalidad, que precisa de una importante reforma en el sentido que exponemos. De hecho, como hemos señalado, un sector significativo de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha bordeado la aplicación de la STS núm. 539/2012 de 10 septiembre, denegando la acumulación en multitud de casos al no adecuarse los supuestos al de la resolución enunciada.

IV. EL EJERCICIO DE ACCIONES PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS TRAS LA REFORMA: PROBLEMÁTICA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS Y DISTINCIÓN CON LAS ACCIONES AGRUPADAS

1. MARCO DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES Y DE CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Como hemos comentado, la LO 7/2015, limitó el conocimiento de las acciones individuales previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios a los JM, reservándose a su conocimiento en exclusiva las colectivas.

La jurisprudencia anterior a la reforma (por ejemplo, el ya comentado (AAP de A Coruña núm. 103/2012 de 31 julio), diferenciaba si la acción ejercitada podía encuadrarse en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación o la protección de consumidores y usuarios para determinar la competencia de los juzgados de lo mercantil. Así, por ejemplo las previs-

tas en los arts. 9 y 12 de la LCGC²⁵, si se solicita en la demanda declaración judicial de nulidad de una cláusula o condición general que determine bien su no incorporación al contrato o bien la nulidad de la totalidad o parte del mismo frente a otras pretensiones no derivadas (reclamo de nulidad contractual conforme al Código Civil y no a tal legislación).

Así, en la ley sobre condiciones generales de la contratación, podrían considerarse como acciones individuales aquellas que puede ejercitar el particular adherente contra el predisponente para obtener la nulidad (art. 8 LCGC) o no incorporación (art. 7 LCGC) de la condición general de que se trate en un determinado contrato, en vía de acción o reconvención, incluyéndose según los autores la excepción de nulidad del art. 408.2 LEC. La particularidad radicaría en que el legitimado accionante sería un adherente individual (persona física o jurídica) parte de un contrato en el que se han incorporado condiciones generales²⁶. Los arts. 9 y 22 LCGC enumeran las acciones individuales de la Ley como de nulidad o no incorporación.

Las acciones colectivas de la LCGC aparecerían enumeradas en Capítulo IV de tal Ley: de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales. La legitimación para tales acciones viene regulada en el art. 16 de la misma Ley (como por ejemplo, las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores, del p. 3.º, u otras entidades y organismos como el Instituto Nacional de Consumo, el Ministerio Fiscal o los colegios profesionales, entre otros). Este precepto es interpretado en conjunto con el art. 11.2 y 3 LEC, que limita la tutela, por un lado, de los perjudicados por un hecho dañoso que sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables de sus intereses colectivos a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados; y de los perjudicados por un hecho dañoso que sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación respecto a sus intereses difusos en exclusiva a tales asociaciones²⁷. El propio Preámbulo de la LCGC (P. II), establece que

-
25. Fruto de la transposición en España de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
 26. F. PÉREZ BENÍTEZ, «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo», en José Ramón SALELLES CLIMENT, María Jesús GUERRERO LEBRÓN, (Rafael) FUENTES DEVESA (eds.) *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, fecha de consulta en https://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Condiciones_generales_contratacion_JJ_Perez_Benitez.pdf, p. 41 (edición digital).
 27. F. GASCÓN INCHAUSTI, «Art. 16. Legitimación activa.», en Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (eds.) *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, fecha de consulta en <http://eprints.ucm.es/34947/1/2002-ComentarioLCGC-Art.16.pdf>, p. 20 (edición digital).

no pueden confundirse las acciones individuales con las acciones colectivas reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello.

Es preciso tomar en consideración que la LEC en su art. 6.1.8.º establece la capacidad para ser parte a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (entendiéndose, por trasposición del art. 3 de la Directiva 2009/22/CE al Título II del Libro I LGDCU, a las asociaciones de consumidores y usuarios).

A su vez, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁸ y otras leyes complementarias, establece diferentes mecanismos para la protección de los consumidores y usuarios. Así por ejemplo, el Capítulo I del Título V del Libro I de la Ley (arts. 53-56) regula la acción de cesación, dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura (art. 53 LGDCU), cuya legitimación se encuentra circunscrita igualmente a las entidades de su art. 54.1 LEC (entre las que se encuentran las asociaciones de consumidores y usuarios, cuyos requisitos de constitución se encuentra instituido en el Título II del Libro I LGDCU) lo que bajo el mismo prisma de lo ya expuesto en referencia con la LCGC y el tenor del art. 11.3 LEC permitiría considerarla como una acción colectiva de la LGDCU.

En la LGDCU pueden encontrarse igualmente otras acciones individuales típicas, tales como las tuitivas de la garantía de los productos de consumo del Título IV del Libro II (para reclamar el cumplimiento o responsabilidad del vendedor del art. 123.4, o contra el productor del art. 124, o para reclamar el cumplimiento de la garantía comercial adicional del art. 125.3, o para la recuperación de los productos entregados por el consumidor y usuario al empresario para su reparación del art. 127.3), o las acciones de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos del Libro III, o las ejercidas conforme al Libro IV como la de responsabilidad de los organizadores y detallistas del viaje (art. 162), entre otras no reservadas al enjuiciamiento colectivo.

A grandes rasgos, tal sería el marco de acciones individuales y colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios. Por ello, nos referiremos al estatus de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico para delimitar diferentes problemas relacionados con la competencia territorial.

Las acciones colectivas responden al surgimiento de relaciones jurídicas masivas que pueden afectar a un amplio conjunto de personas, hecho unido al desarrollo de los derechos supraindividuales y la necesidad de incrementar su protección²⁹. A rasgos generales, la tutela judicial colectiva se presentaría

28. Que traspone las Directivas 2009/22/CE (en su versión codificada concordante a la Directiva 98/27/CE), 2005/29/CEE, y 97/7/CE, entre otras.

29. T. ARMENTA DEU, «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», en Eloisa CARBONELL PORRAS, Rafael CABRERA MERCADO (eds.) *Intereses colectivos y legitimación*

como el enjuiciamiento de derechos que no pertenecen a la persona en concreto³⁰ by cuya legitimación no se correspondería a la par del art. 10.1 LEC (quien comparezca y actúe en juicio como titular de la relación jurídica u objeto litigioso).

La tutela jurisdiccional colectiva tiene un precedente claramente destacable en el ordenamiento estadounidense, con las denominadas *class actions*, como fórmulas de refuerzo de la posición procesal de una de las partes para superar la desigualdad social o económica de la contraria. De ésta forma se señala la masificación de la actividad comercial como ejemplo de un ámbito que en el plano individual puede suponer un daño reducido frente a la colectiva en la que se multiplican tales daños individuales, de la mano de la protección procesal en masa. El ordenamiento estadounidense de las acciones colectivas o de masa es señalado de éste modo como un ejemplo de nueva institución jurídica-procesal (caracterizada por la flexibilidad del juez y sus amplios márgenes de discrecionalidad) desarrollada al margen de los principios europeos³¹.

De ésta forma pueden señalarse varios presupuestos de las *class actions* estadounidenses, contenidas en la Regla 23 (a) de las *Federal Rules of Civil Procedure*. En primer lugar, el número de integrantes de la parte colectiva (o clase) sería tan numerosa que la personación de todos los miembros resultaría impracticable, aunque se configura como requisito discrecional. En segundo lugar, las cuestiones de hecho o derecho son comunes a la clase, lo que lleva a que las pretensiones o defensas de quienes actúan como representantes coinciden con las de la clase (como señala la doctrina citada, en Derecho estadounidense la parte representativa es el miembro de la clase que demanda en nombre de toda la clase, con independencia de que el resultado afecte a todos los integrantes de la clase, por lo que parte formal sería quien actúa de forma representativa, *representative partie*, y la parte material el resto de miembros de la clase, sirviendo la petición individual como tutela de la cuestión común que afecta al grupo, resolviendo el tribunal en beneficio de toda la clase); y que tales partes representativas habrán de proteger los intereses de la clase de modo equitativo y adecuado. Tal representatividad implica que uno o varios sujetos, sin apoderamiento legal ni convencional, pueden pretender o defender en juicio los derechos de un amplio grupo de sujetos³². De ésta forma vemos cómo en Derecho anglosajón se destilan algunos de los rasgos esenciales de ésta institución: si bien se persiguen intereses colectivos, media una parte con interés de representatividad de los integrantes del grupo

activa, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 171. Igualmente *vid.* P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

30. Para el tratamiento de la cuestión en Italia *vid.* P. BIAVATI, «Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea.», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 4, 2008; A. GIUSSANI, «L'azione di classe: aspetti processuali», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2013.

31. J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 1-5.

32. *Ibid.*, pp. 19-22.

o clase (claro ejemplo de una asociación de consumidores), que ejerce una pretensión individual (si bien con claras consecuencias para el grupo) que se extiende de forma subjetiva a los integrantes, no múltiples pretensiones aglutinadas o acumuladas de todos los integrantes del grupo.

A nivel europeo destacan distintos intentos de implementar las acciones colectivas en el Derecho comunitario. Así, la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, que es criticada en el sentido de la legitimación de los grupos de afectados para el ejercicio de la acción colectiva de indemnización, al no indicarse los elementos exigibles a los grupos de afectados para que se reconozca tal legitimación (en sentido similar a lo establecido en el art. 6.1.7.º LEC), a diferencia de los supuestos en los que la parte legitimada sea un ente representativo (P. III, correlativo con el art. 6.1.8.º LEC)³³.

2. LA ACCIÓN AGRUPADA. DIFERENCIA CON LAS ACCIONES COLECTIVAS Y ATRIBUCIÓN DE SU COMPETENCIA AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

A priori, el contexto regulatorio de las acciones colectivas en el marco de consumo y condiciones generales de la contratación parece delimitado y condicionado por el tenor del art. 11.3 LEC. Llegados a este punto, se precisa delimitar hasta qué punto puede diferenciarse la figura de la acción colectiva en el ámbito de consumo, de otra figura afín como las acciones agrupadas.

La acción agrupada podría definirse como un conjunto de acciones individuales, ejercida de forma acumulada bajo el presupuesto legal de los arts. 71-73 LEC, y en concreto bajo la modalidad subjetiva prevista en el art. 73 LEC de varios sujetos contra uno (o varios).

Tal acumulación se identificaría con la acumulación objetivo-subjetiva, conocida tradicionalmente con el nombre de litisconsorcio voluntario, simple o facultativo, y así lo contempla el art. 12.1 LEC (al especificar que podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir³⁴). No obstante, precisa la doctrina³⁴ que en éste supuesto no existe un litigio único ya que hay tantos procesos como pretensiones, ni hay comunidad de suertes entre los litisconsortes ya que en la sentencia final se contendrán tantos pronunciamientos como pretensiones y cada uno tendrá su contenido propio. Le serían aplicables los requisitos de acumulación objetiva

33. S. COROMINAS BACH, «Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 34, 2014, p. 30.

34. Se distingue entre el título y la causa de pedir, definiéndose el primero como negocio jurídico, y el segundo como relato histórico con capacidad para producir efectos jurídicos. La jurisprudencia se centra en la relevancia de la conexión jurídica o casual como medida de identidad entre las causas de pedir que justifiquen el tratamiento unitario evitando sentencias contradictorias, aspecto para el que se sugiere no adoptar una posición rígida en la determinación del nexo. *Vid.* J. M. ASENCIO MELLADO, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, cit., p. 269.

(entre ellos, el de la competencia) y se exigiría una conexión objetiva, es decir que exista un nexo por razón del título o la causa de pedir³⁵.

Se ha señalado que el tratamiento a través de la acumulación de pretensiones objetivo-subjetiva de pretensiones ha supuesto la técnica más tradicional³⁶ de litigios en masa, aplicado recientemente a casos como la de los adquirentes de acciones en la oferta pública de suscripción de Bankia o el trucaje de Volkswagen³⁷. Ante la acumulación masiva (en supuestos de hasta 2570 acciones acumuladas como el del AJPI núm. 6 de Valencia de 28 de julio de 2014), la posición jurisprudencial ha generado rechazo, alegando que la acumulación no produce economía procesal sino confusión por la variedad de elementos identificadores, generando un verdadero caos e imposibilitando dar cumplimiento a los principios de congruencia o utilizar los propios efectos de la litispendencia o la cosa juzgada así como su afectación negativa al derecho a un proceso sin dilaciones y quiebra del principio de inmediación ante un enjuicio masivo de acciones acumuladas³⁸. No obstante, la complejidad que genera la acumulación sería muy diferente según las clases de la misma, y según el autor puede reducir la complejidad de la actividad procesal, derivándose las dificultades de la acumulación inicial objetivo-subjetiva en la posición actora, más bien, a que la carga de trabajo que el juez en proporción a lo que cada una de las pretensiones acumuladas tenga de diferente³⁹. Entendemos que tal cuestión también dependerá de la forma en la que se articule el ejercicio de las acciones individuales acumuladas, bien sea a través de la acumulación clásica o con la modalidad del «proceso testigo», como veremos.

Habiendo delimitado la institución, entendemos que la acción agrupada, al tratarse de un conglomerado de acciones individuales, debe ser tenida en cuenta a los efectos procesales del art. 86 ter 2 LOPJ como una acción individual, de la que el juzgado de lo mercantil estaría desprovisto de competencia objetiva (cuestión distinta sería el ejercicio acumulado o agrupado de acciones que todas ellas sean competencia del Juzgado de lo Mercantil, aspecto en el que sí estaría legitimado). Ello es así por el criterio restrictivo comentado

35. J. MONTERO AROCA Y OTROS, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, cit., p. 169.

36. La doctrina italiana ha destacado que, en alusión a los múltiples requisitos formales para la habilitación y constitución como parte de cara a la tutela judicial colectiva, el Derecho procesal debe responder a las exigencias emergentes de la sociedad, que no corresponden siempre con las situaciones jurídicas subjetivas tutelables de la tradicional acción. Por ello el ordenamiento jurídico debe proveer de medios alternativos y diversos a la acción colectiva para la efectiva satisfacción indirecta de los intereses jurídicos subjetivos de los justiciables como exigencia de tutela judicial efectiva, y en esa línea se encuadraría una adaptación de los medios tradicionales jurisdiccionales. *Vid.* A. CARRATTA, «L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 2, 2009, p. 337.

37. M. ORTELLS RAMOS, «Litigiosidad masiva y proceso civil», en Gemma GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Julio SIGÜENZA LÓPEZ, Salvador TOMÁS TOMÁS, Rafael CASTILLO FELIPE (eds.) *El proceso civil ante el nuevo reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp 241-242.

38. *Ibid.*, p. 243, en alusión al Auto de la AP de Madrid, sec. 19.ª, de 24 febrero 2012, y el mencionado AJPI núm. 6 Valencia de 28 de julio de 2014. Igualmente *vid.* L. QUERZOLA, «Brevi note sul momento identificativo della litispendenza nei processi civile ed amministrativo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2003.

39. *Ibid.*, p. 244.

en el epígrafe primero, que debe inspirar la atribución de competencia objetiva en los juzgados de lo mercantil, que aplicado a la legislación sectorial que prevé las acciones colectivas derivaría en el principio de tipicidad: puesto que el ejercicio colectivo de derechos tiene carácter excepcional, debería entenderse que no incluibles en el tenor del art. 86 ter 2 LOPJ más pretensiones que las legalmente tipificadas en el «catálogo» de acciones colectivas (si bien a la hora de admitir la existencia de acciones colectivas atípicas se defiende un criterio distinto y más abierto)⁴⁰.

Conscientes de la diferencia de efectos procesales que ha atribuido el legislador, es preciso delimitar las similitudes y diferencias. La similitud vendría dada porque en ambos casos son manifestaciones de tutela judicial colectiva, con varios sujetos intervinientes, y al igual que con la acumulación subjetiva existe un nexo por razón del título o causa de pedir, y que normalmente podrá venir dado por la fundamentación en los mismos hechos. Esta similitud podría generar problemas a la hora de determinar si la acción ejercitada en materia de consumo, por el hecho de concurrir una pluralidad de interesados, debería ser competente o bien de los juzgados de lo mercantil o de los de primera instancia, al calificarse como individual colectiva.

Algunos sectores han buscado diferencias. Un argumento diferenciador sería que en el ejercicio de la acción colectiva existe beneficio de la extensión de los efectos a otros sujetos no intervinientes en el proceso, que pueden encontrarse en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas (asociados), frente a la acción agrupada, en la que sólo aquellos que haya iniciado la acción podrían beneficiarse de los efectos que dirima la resolución que ponga fin al procedimiento⁴¹. El efecto de la cosa juzgada en el ejercicio de las acciones colectivas puede diferenciarse en base a la oportunidad de incluir o excluir a los sujetos que detenten el interés supraindividual bajo dos modalidades: el modelo de inclusión u *opt in*, en base al cual sólo los individuos que se hayan adherido al proceso colectivo habrán renunciado a su derecho individual (teniendo la cosa juzgada de la sentencia ganada eficacia *ultra partes*), y el modelo de exclusión u *opt out*, en base al cual siempre existirá la posibilidad de solicitar ser excluido del ámbito de la eficacia de la sentencia, reservándose el derecho de accionar por separado⁴².

De hecho, según la doctrina, la LEC impide al litigante que no ejerció individualmente sus derechos en tiempo y forma a hacerlo en el futuro en un proceso individual posterior, mediando un proceso colectivo. De la interpretación del art. 13.3 con el 15 LEC, si los perjudicados son determinados o fácilmente determinables siendo una acción tuteladora de intereses colectivos,

40. F. GASCÓN INCHAUSTI, «La protección de los consumidores en el proceso civil español», *Institut André Tunc de la Université Paris I – Panthéon Sorbonne*, 2005, fecha de consulta en http://eprints.ucm.es/23856/1/2005_La_protección_de_los_consumidores_en_el_proceso_civil_español.pdf, p. 14.

41. L. F. GARCÍA PERULLES; C. ARJONA PÉREZ; J. RÍOS ALMEDA; P. MAYOR GUZMÁN, *La defensa colectiva de los consumidores en la justicia española. Condiciones para el ejercicio de la acción colectiva y propuestas de mejora de la normativa procesal*, Departamento de proyectos de ADICAE, Madrid, 2012, fecha de consulta en <http://www.cambialabanca.es/documentos/estudios/accion-colectiva.pdf>.

42. T. ARMENTA DEU, «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», cit., p. 177.

tras el llamamiento del consumidor o usuario pueda intervenir en el proceso (sin contar la preclusión), y tratándose de una pluralidad de sujetos indeterminados o de difícil determinación se producirá un llamamiento suspensivo de dos meses tras el cual se reanuda el proceso. Los efectos de la sentencia dictada en un proceso colectivo, favorables o desfavorables, se extenderían a todos los afectados por el objeto del proceso (firmantes de la cláusula, por ejemplo), privando en todo caso del ejercicio de la acción individual⁴³, si bien en los supuestos de declaración de ilicitud de una determinada actividad o conducta la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente (art. 221.1.2.º LEC). El pronunciamiento judicial, en tal caso, será determinante para la generación del efecto de cosa juzgada o será determinante para la ejecución.

Igualmente, el presupuesto de una acción colectiva ejercida por una asociación de consumidores se encuentra encuadrada en el art. 11 LEC, con legitimación atribuida de forma expresa y en el caso de intereses difusos excluyente, según el art. 11⁴⁴, o por una asociación, a entidades legalmente constituidas o grupos de afectados (art. 11.2) en función de la determinación de los componentes, mientras que la acción agrupada sería un conjunto de acciones individuales (de conformidad al art. 10.1 LEC) ejercidas acumuladamente de forma subjetiva por el hecho que sea.

La doctrina diferencia así dos formas para articular el ejercicio de las acciones en el caso de intereses pluriindividuales. Por un lado el de ejercicio individualizado cuando los derechos homogéneos o conexos se ejercitan por una pluralidad de titulares, en cuyo caso cabría acudir a la acumulación de procesos, como se ha comentado, o diseñar un proceso «modelo», «tipo» o «testigo», cuya finalidad sea la de suspender todos los procesos hasta que el proceso modelo sea resuelto y su resultado vincule a quienes hubieran presentado demandas con el mismo objeto (fórmula aproximada a la acción colectiva o supraindividual); o la defensa de los intereses colectivos y difusos por medio de una acción colectiva en la que a grandes rasgos se examine la representatividad del actor, se adhieran los titulares individuales de derechos, y se declare la responsabilidad genérica (con los parámetros o no para individualizar a los perjudicados)⁴⁵.

El análisis de la representatividad y su adecuación a lo dispuesto en el art. 11.2 LEC y resulta claro cuando se trata de asociaciones de consumidores y usuarios o entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los mismos, o entidades habilitadas conforme al art. 6.1.8 LEC. Pero no obstante surgiría la duda de cómo podría diferenciarse una

43. *Ibid.*, pp. 182-183.

44. L. F. GARCÍA PERULLES Y OTROS, *La defensa colectiva de los consumidores en la justicia española. Condiciones para el ejercicio de la acción colectiva y propuestas de mejora de la normativa procesal*, cit., p. 4.

45. T. ARMENTA DEU, «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», cit., pp. 175-176.

acción agrupada de un grupo de afectados ejercitando una acción colectiva, más allá del propio criterio del actor, y cuyos efectos pueden ser imprecisos (la proposición de una declinatoria por falta de competencia objetiva). Podrían esgrimirse dos criterios diferenciadores: la consideración de parte por un lado, y por otro la naturaleza individual o colectiva de la acción ejercitada.

El art. 6 LEC atribuye legitimación, tanto a la persona física (p. 1.1.^o), que sería el fundamento de la acción agrupada, y a los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables (p. 1.7.^o), que sería el fundamento de la acción colectiva.

Sin entrar en el criterio de la numerosidad, no definido legalmente y de amplio margen discrecional, preliminarmente podría pensarse en el estatus de consumidor y usuario configura un criterio objetivo, que *a priori* reubicaría al concepto general de consumidor y usuario del art. 3 LGDCU y la remisión por tanto a tal normativa. Al margen de esto y del debate doctrinal que comprende, el interés perseguido constituye un elemento diferenciador para entrever si la defensa pivota sobre intereses colectivos (o difusos⁴⁶) o individuales.

Como criterio interpretador, el art. 81 del Código de Consumo de Brasil, citado por la doctrina como ejemplo en éste sentido⁴⁷, define la defensa colectiva en tres clases: los intereses difusos como los transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas entre sí por circunstancias de hecho; los colectivos como los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas legales unidas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base; y los derechos individuales homogéneos, así entendidos los que se derivan de un origen común. No podemos olvidar que la legislación española no ofrece un concepto en la materia, y a los efectos procesales el único criterio ofrecido para diferenciar a los intereses objetivos de los difusos (insistimos que no pretendemos definirlos aquí) *ex art.* 11 LEC es el mayor o menor grado de determinación de los sujetos tutelados⁴⁸.

Valorando el interés plural, la Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el Orden civil para

46. No será objeto del presente trabajo la diferenciación entre tales categorías, si bien clarificamos la diferencia entre acción colectiva y el interés que la sustenta, colectivo o difuso.

47. M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Los intereses difusos bajo la óptica del derecho civil», en Eloísa CARBONELL PORRAS, Rafael CABRERA MERCADO (eds.) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 142.

48. *Ibid.*, p. 144. La doctrina critica el profundo detallismo doctrinal y teorización en ésta materia, abogando por una reclasificación del proceso colectivo que tenga en cuenta las consecuencias prácticas en cada proceso por la concurrencia de un gran número de litigantes. Así lo entiende J. NIEVA FENOLL, «El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro», *Revista de Derecho mercantil*, vol. 264, 2007, pp. 619 y ss., que propone atender al estadio inicial de admisión de la demanda, para determinar si lo que está solicitando es posible que afecte directamente a otras personas cuyo número pueda ser cuantioso, o si es esperable que otras personas formulen ante jueces diferentes la misma demanda.

la protección de los consumidores y usuarios, define en su P. IV-A los intereses supraindividuales, ya sean colectivos o difusos, como situaciones jurídicas materiales cuyos titulares no son las personas individuales en cuanto tales, sino en cuanto miembros, determinados o indeterminados, de una colectividad.

El concepto de derechos individuales homogéneos derivados de un origen común se asimilaría a la idea de la acción agrupada, diferenciándose de las otras categorías a la indivisibilidad, ya que aunque media la pluralidad de individuos y el mismo sustrato supraindividual fáctico o jurídico, el Ordenamiento no ofrece la posibilidad de un ejercicio separado de ése derecho, existiendo una barrera que imposibilitaría el ejercicio separado de ése derecho.

Esto nos llevaría al criterio de la naturaleza acción individual y colectiva. Como se ha expuesto al comienzo de éste epígrafe el propio ordenamiento en materia de condiciones generales de la contratación (de nulidad o no incorporación para las individuales y de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales para las colectivas) y de protección de consumidores y usuarios (acción de cesación y resto de individuales explicitadas en la LGDCU), diferencia las categorías de acciones colectivas o individuales. Claramente si la acción ejercitada por el grupo de afectados es de cesación, por ejemplo, no quedarían dudas de la naturaleza como acción colectiva. Pero además estableciendo el Ordenamiento una legitimación claramente diferenciada y delimitada (arts. 16 LCGC, 54 LGDCU en su interpretación con el art. 11 LEC), entre unas acciones y otras, no cabe duda de la atribución de un interés individual por un lado, y de uno colectivo o difuso por otro. De hecho, la doctrina considera que no hay ninguna razón para aplicar las normas especiales de la LEC sobre tutela colectiva a las acciones individuales, cuya aplicabilidad se limita incluso entre las acciones colectivas (como sucede con la legitimación limitada de los grupos de afectados exclusivamente para con las acciones derivadas de intereses difusos, art. 11.3)⁴⁹.

V. CONCLUSIONES

El art. 86 ter 2 LOPJ establece un listado cerrado de materias competentes de los Juzgados de lo Mercantil, que puede generar conflictos de competencia con la atribución genérica de los juzgados de primera instancia. No obstante, en base a distintos criterios de interpretación como la aplicación de la jurisprudencia, el carácter tasado de las cuestiones señaladas en la norma, el conocimiento limitado ante Jueces y Magistrados especializados del Preámbulo de la Ley creadora de los juzgados así como la limitación de asuntos tras la reciente reforma de la LO 7/2015 puede extraerse un principio rigorista o restrictivo en la atribución de competencia de los asuntos no comprendidos en la norma a los juzgados de lo mercantil.

En base a la jurisprudencia que interpreta tal artículo, pueden extractarse tres criterios que pueden ayudarnos a dilucidar si las relaciones jurídicas

49. F. PÉREZ BENÍTEZ, «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo.», cit., pp. 21-22 (edición digital).

enjuiciadas, por su naturaleza compleja o poca claridad, serían competencia de los juzgados especializados de lo mercantil o de primera instancia: la naturaleza formal la normativa conforme a la cual se ha consumado la relación jurídica, la naturaleza jurídica de tal relación jurídica determinante del punto de conexión, y la compatibilidad de la relación o negocio jurídico con la legislación mercantil, cuestión que trasciende la literalidad del precepto pero que podría justificarse en base a una interpretación teleológica en base a sus fines, como apunta la jurisprudencia.

La acumulación objetiva de acciones competentes al juzgado de primera instancia y mercantil resulta igualmente compleja y confusa. Como primer criterio la jurisprudencia fue confusa, pivotando entre la aplicación analógica de la acumulación en los casos de competencia territorial del art. 53 por un lado; y por la no acumulación y ejercicio separado por otro. De hecho la voluntad clara del legislador es delimitar las competencias atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil excluyendo la acumulación (habiendo sido rechazadas enmiendas parlamentarias en tal sentido en el debate del art. 86 ter LOPJ), y el art. 73.1 1.º LEC establece como requisito para la acumulación que las acciones que se sustancien ante el tribunal principal posean competencia, sin que quepa atribuírselas. En sentido contrario se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 539/2012 de 10 septiembre, que reconoce la acumulación en determinados presupuestos (como la íntima conexión), aplicando el principio de interpretación constitucional de las normas procesales (art. 5 LOPJ) y de tutela judicial efectiva para completar la cláusula atributiva del art. 73.2 LEC. Tal jurisprudencia es claramente objetable, y de hecho ha sido bordeada en su aplicación práctica.

Entendemos que el problema de fondo radica en una deficiente técnica legislativa, que si bien puede entenderse adecuada al principio rigorista y podría argumentar un ejercicio de acciones separado basado en el principio de legalidad (reforzado con la tramitación de la LO 8/2003 y la reciente LO 7/2015), lo cierto es que socavan los principios esenciales del Ordenamiento civil, entre los que se encuentra la no multiplicación innecesaria de la actividad jurisdiccional y las cargas de los justiciables. Este hecho puede entenderse como manifiestamente irrazonable por el legislador, y permitiría alegar el principio de aplicación no interpretación rigorista de las normas procesales en base al cual las cuestiones de estricta legalidad ordinaria pueden someterse a control. En éste caso se permitiría completar los requisitos de acumulación como ha hecho el Tribunal Supremo, pero es muy necesaria una adecuación legislativa que permita (o no, pero de forma expresa) la posible acumulación de acciones y sus términos, que proponemos *de lege ferenda*.

Se necesita delimitar hasta qué punto puede diferenciarse la figura de la acción colectiva en el ámbito de consumo, de otra figura afín como la acción agrupada, que sería un conjunto de acciones individuales acumuladas bajo los presupuestos legales de la acumulación objetivo-subjetiva del art. 72 LEC. Aunque tal acción presenta similitudes con la tutela colectiva (y de hecho en algunas ocasiones pueda ser conducto indirecto de la misma), al tratarse de un conglomerado de acciones individuales en el ámbito de la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios debe ser tenida en cuenta a los efectos procesales del

art. 86 ter 2 LOPJ como una acción individual, de la que el juzgado de lo mercantil estaría desprovisto de competencia objetiva. Surgiría la duda de cómo podría diferenciarse una acción agrupada de un grupo de afectados ejercitando una acción colectiva, y en éste sentido señalamos dos criterios: la consideración de parte por un lado, y por otro la naturaleza individual o colectiva de la acción ejercitada.