

PRIMERAS NOTAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS NUEVOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL.

FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ
Maxistrado

1. INTRODUCCIÓN.

La creación de los nuevos Juzgados de lo Mercantil por la Ley Orgánica 8/2003, de nueve de Julio, ha generado grandes expectativas especialmente por la relevancia de las materias cuyo conocimiento se les atribuye. Juzgados que, precisamente por razón de la materia, abarcan un ámbito de indudable vocación europea, y un amplio espectro de cuestiones referentes a una realidad social y económica complejas, lo que justifica y aconseja avanzar en el proceso de la especialización, según señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003. La citada Exposición de Motivos alude a "*La creación de estos nuevos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil*", consideración que, ayudará en parte a resolver las cuestiones de competencia que empiezan a plantearse desde su entrada en funcionamiento el día 1-9-2004, entre éstos y los Juzgados de Primera Instancia, cuestión que será el núcleo fundamental de estas primeras consideraciones. Centrándonos ya en esta cuestión la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2003 señala: "... *Interesa añadir en este punto dos aclaraciones importantes. La denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, 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. Se parte así de unas bases iniciales*

prudentes que habrán de desarrollarse progresivamente en los años venideros, de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando."

Es decir, se viene a atribuir a los Juzgados de lo Mercantil, con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas materias, unas de indubitada naturaleza mercantil, pero otras no exclusivamente mercantiles, a lo que ha de añadirse que no les excluye expresamente del conocimiento de otras materias civiles, en cuyo orden se residenician dichos Juzgados. Queda la crítica de un sector de la doctrina, y reconocida en la propia Exposición de Motivos, acerca de la falta de sistemática y de dogmática en la elección de las materias atribuidas, dejando fuera materias propias y hasta tradicionales de la disciplina mercantil, tales como la contratación mercantil o los títulos-valores.

Por otro lado, no ha de perderse de vista para la resolución de las cuestiones que plantearemos sobre la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, los objetivos que se persiguen con su creación. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003: *"A mayor abundamiento, con la creación de los juzgados de lo mercantil deben lograrse otros objetivos. En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica. En segundo término, ello ha de contribuir a que esas mismas resoluciones se dicten 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. En tercer lugar, se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica. Por último, la creación de estos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

La especialización, la agilidad en la resolución de los litigios y la seguridad jurídica aconsejan que, aún planteado el sistema competencial en el ámbito de la competencia objetiva, se debe ser favorable a residenciar en tales Juzgados de lo Mercantil aquellas cuestiones conexas con las materias propias de los mismos, necesarias para la adecuada resolución del litigio.

Para terminar estas notas introductorias se recoge el tenor literal del precepto definidor de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil, el art. 86 ter LOJ, introducido por la Ley Orgánica 8/2003, y modificado antes de su entrada en vigor por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de Diciembre:

1. Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de la Ley Concursal.

2º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

4º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1º.

5º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.

6º Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

2. Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.

b) Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.

c) Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.

d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.

e) Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.

f) De los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado.

g) De los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado.

Dejando a un lado inicialmente la materia concursal, trataremos a continuación las primeras dudas que se plantean en la definición de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil.

2- COMPETENCIA Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES. ESPECIAL REFERENCIA A LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN LOS SUPUESTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES; Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

La acumulación de acciones se fundamenta en razones de economía procesal, y en último término, en el derecho a la tutela judicial efectiva. La problemática en el ámbito de las relaciones entre Juzgados de lo Mercantil y Juzgados de Primera Instancia se centra en que la delimitación competencial de los primeros tiene un claro sentido objetivo, se establece su competencia en función de la materia objeto de conocimiento y que se expresa en el art. 86 ter LOPJ. Tratándose de una cuestión de competencia objetiva ciertamente se debe ser cauteloso ante el negativo efecto de la equivocación al respecto, nulidad de pleno derecho (art. 225.1 LEC y 238.1 LOPJ). En relación con lo anterior, el art. 73.1 LEC viene a establecer la imposibilidad de la acumulación de acciones cuando el Tribunal ante el que se pretende la misma carece de competencia objetiva para alguna de ellas. Por su parte el art. 406.2 LEC referente a la reconvencción, como otro medio de ampliar el objeto del proceso, también impide la misma cuando carece de competencia objetiva el Tribunal ante el que se pretende. La cuestión que se plantea es si pueden acumularse o introducirse a través de reconvencción acciones que, relacionadas y conexas con las materias propias del Juzgado de lo Mercantil, no se han establecido expresamente como competencias del mismo en el art. 86 ter LOPJ.

Como se ha señalado en la introducción a este trabajo, deben tenerse en cuenta los principios que inspiran la creación de los nuevos Juzgados de lo Mercantil. Así, se trata de ór-

ganos especializados dentro del orden jurisdiccional civil, como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, por lo que aún cuando el legislador ha establecido materias en las que tienen competencia exclusiva y excluyente, no se ha establecido una prohibición expresa para el conocimiento de otras materias del orden civil que sean conexas con las anteriores, el propio art. 86 ter LOPJ en su apartado segundo establece su competencia para "cuantas cuestiones sean competencia del orden jurisdiccional civil respecto de..." pormenorizando las concretas materias de atribución a dichos Juzgados, pero sin excluir el conocimiento de otras cuyo enjuiciamiento conjunto pueda estimarse procedente.

La tan citada Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003 preconiza que con la creación de estos Juzgados especializados se pretende contribuir a una mayor celeridad en la resolución de los asuntos que se les atribuyen, y una coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos evitándose resoluciones contradictorias, así como una redistribución del trabajo en el orden jurisdiccional civil. Tales juicios de intención fracasarían en parte si se excluye de su conocimiento acciones directamente relacionadas con las que son de su expresa competencia y especialmente cuando se configuran como presupuesto de las pretensiones ante ellos ejercitadas, además de contribuir a una situación de antieconomía procesal por cuanto se obliga como mínimo a iniciar dos o más procesos ante diferentes órganos jurisdiccionales cuando hasta la fecha no existía obstáculo para su conocimiento conjunto. Ello además pondría en evidencia una cierta contradicción interna. Los Juzgados de lo Mercantil se han creado de forma variada, por un lado están aquellos que únicamente conocen de la materia recogida en el art. 86 ter LOPJ y aquellos otros que se han creado de forma mixta, es decir, que conociendo de la materia especializada, siguen manteniendo competencias en el resto de materias del orden civil, y alguno incluso, además, de la instrucción en el orden penal. Ello da lugar a que en los Juzgados de Instancia con competencias en materia mercantil no existiría inconveniente en la acumulación de acciones o en la reconvención, pero sí en los Juzgados de lo Mercantil propiamente dichos.

A) El primer ámbito material concreto en el que se plantean las cuestiones mencionadas es el societario. La pregunta a responder es si cabe acumular ante el Juzgado de lo Mercantil la acción de responsabilidad contra el administrador y la acción de reclamación de deuda contra la sociedad. Con lo expuesto hasta este momento ya cabe deducir una respuesta afirmativa a la cuestión planteada. Y a ello hemos de añadir los siguientes argumentos y matices.

Uno de los supuestos de hecho más habituales se encuentra en la reclamación de deuda contra la sociedad y la responsabilidad solidaria de los administradores prevista en el apartado quinto del art. 262 LSA y el apartado quinto del art. 105 LSRL, es decir, por el incumplimiento de los administradores de convocar en el plazo legal de dos meses Junta General cuando existe causa de disolución, o no instarla judicialmente en los supuestos previstos en dichos preceptos. Además de los motivos antes expuestos debe añadirse para jus-

tificar la competencia para el conocimiento de ambas acciones por el Juzgado de lo Mercantil que la responsabilidad de los administradores es solidaria respecto a las deudas sociales que se declaren, formándose así un litisconsorcio cuasinesesario difícilmente escindible.

Otro de los supuestos, aunque en la práctica menos habitual y dejando a un lado el ejercicio de la acción social por parte de los acreedores de reducido uso, es el ejercicio acumulado de la acción de responsabilidad individual de los administradores al amparo del art. 135 LSA, aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión a aquel del art. 69 LSRL, con la acción dirigida contra la propia sociedad precisamente por el mismo acto ilícito de los administradores, aunque a la sociedad se le atribuirá normalmente un incumplimiento contractual, un cumplimiento defectuoso o incluso una responsabilidad extracontractual. El socio o tercero perjudicado por un acto ilícito de los administradores dispone de la correspondiente acción contractual o extracontractual para reclamar a la sociedad los daños sufridos. La sociedad no expresa su voluntad sino a través de sus órganos, y, por tanto, la sociedad debe responder de los actos de éstos siempre que se muevan en el ámbito de las competencias que les corresponde en su posición orgánica. La sociedad tiene que responder de las actuaciones culposas o dolosas de sus órganos en el cumplimiento de sus funciones. El fundamento reside en el riesgo asumido por el hecho del nombramiento. Y si se trata de una actuación ilícita frente a un tercero con el que no se mantiene una previa relación jurídica, estaremos ante la responsabilidad extracontractual con fundamento en la condición orgánica de los administradores por hecho propio (art. 1902 CC) o con fundamento, más discutido, en la aplicación extensiva del art. 1903.4 CC. En consecuencia los perjudicados por el acto ilícito de los administradores pueden actuar al amparo del art. 135 LSA contra los administradores, pero también pueden accionar contra la sociedad con el fundamento antes señalado. Esto no quiere decir que pueda obtenerse una doble indemnización por el mismo daños, sino dos vías para su reclamación fundada en sus respectivos títulos jurídicos (responsabilidad de la sociedad por incumplimiento contractual y responsabilidad por infracción de sus deberes orgánicos contra los administradores), pudiendo, según reiterada Jurisprudencia, acumular las acciones (SSTS 4-11-1991, 14-5 y 10-12-1996). Incluso se puede entender que se produce en lo externo una responsabilidad solidaria (apreciada en alguna ocasión por el TS así en sentencia de 17-7-2001) en cuanto al hecho dañoso y a la indemnización debida, sin perjuicio de las relaciones internas entre administrador y sociedad y el ejercicio por esta, para resarcirse, de la acción social de responsabilidad. Ante esta situación la solución es la misma que la propuesta para el supuesto anterior. No debe dejar de plantearse que existen opiniones fundadas acerca de la ausencia de solidaridad entre la sociedad y los administradores en este supuesto. También en estos casos nos inclinamos por la competencia sobre el todo a favor de los Juzgados de lo Mercantil, además de por lo ya expuesto con carácter general, porque la especialización de los Juzgados de lo Mercantil conlleva la imposibilidad de que sobre el todo se pronuncie un Juzgado de Primera Instancia habida cuenta que éste sí carece de competencia objetiva sobre parte de la materia, y no debe procederse a una desconexión de las

acciones ejercitadas a plantear en procesos diferentes con riesgo de contradicción, lo que precisamente trata de eludir el instituto de la acumulación de acciones (SSTS 3-10 y 30-11-2000). Y precisamente cabe tal acumulación ante el Juzgado de lo Mercantil porque siendo este competente de forma expresa ex art. 86 ter LOPJ, no se le impide expresamente el conocimiento de otras materias del orden civil al que pertenece. Pero además porque también puede sostenerse que la responsabilidad de la sociedad exige como presupuesto fáctico y jurídico la responsabilidad del administrador por lo que también esta acción se inserta dentro del concepto de cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas a que se refiere el art. 86 ter LOPJ.

B) En el ámbito de las Condiciones Generales de la Contratación reguladas en la Ley 7/1998, de 13 de Abril, dos cuestiones preocupan en relación a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil. La primera acerca de si el art. 86 ter, apartado segundo, letra d) LOPJ, atribuye la competencia únicamente respecto a las acciones colectivas o se incluyen también las acciones individuales ejercitables al amparo de dicha normativa. Y en segundo lugar, la posibilidad de acumulación de acciones respecto a materias no atribuidas expresamente a los Juzgados de lo Mercantil, y el alcance de la competencia de éstos.

Respecto a la primera cuestión la propia dicción literal de la norma deja pocas alternativas. No hace distinción alguna entre acciones individuales y colectivas, frente a los antecedentes legislativos de la reforma que aludían únicamente a las acciones colectivas. Pero la redacción final atribuye competencia a los Juzgados de lo Mercantil respecto a "Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia". Sobre este particular mencionar que aún cuando el art. 9 Ley 13/1998 parece que prevé únicamente como acciones individuales las de no incorporación al contrato y la de nulidad como únicas acciones individuales, en realidad las acciones individuales sobre esta materia pueden ser tantas y tan variadas como lo sean las necesidades individuales de tutela judicial en el caso concreto, pueden así ser, en principio, tantas clases de acciones individuales como las que generalmente existen en cualquier otro sector del ordenamiento, y que de forma sistemática se clasifican en acciones merodeclarativas, constitutivas y de condena. Lo que sucede es que es que el legislador ha prestado mayor atención a las acciones colectivas, ya que su carácter excepcional impone su tipificación legal para que su ejercicio no se extienda a supuestos distintos de los expresamente permitidos. Sin embargo, como se ha dicho, las acciones individuales pueden ser variadas sin que puedan limitarse a las recogidas expresamente en el art. 9 Ley 7/1998, a las que se refiere el legislador no con ánimo exhaustivo o limitativo sino para recalcar dos acciones especialmente indicadas para esta materia de Condiciones Generales de la Contratación.

Similar dicción a la empleada en el art. 86 ter.2 d) LOPJ atributivo de la competencia sobre esta materia a los Juzgados de lo Mercantil, se recoge en el art. 249.1.5º LEC para establecer como cauce procesal de las mismas el procedimiento ordinario, existiendo ya en su momento unanimidad en la doctrina acerca de que dicha norma se refería tanto a las ac-

ciones individuales como a las acciones colectivas que pueden ejercitarse al amparo de la legislación sobre esta materia.

En cuanto a la segunda cuestión antes planteada, vuelven a plantearse problemas comunes que se centran en la competencia objetiva y los efectos que de la misma derivan en la acumulación de acciones y de procesos entre órganos del mismo orden jurisdiccional pero en el que uno es especializado en determinadas materias. Así, manteniéndose la competencia de la tutela civil frente a las condiciones generales en el orden jurisdiccional civil, la competencia objetiva se ha trasladado del Juzgado de Primera Instancia al Juzgado de lo Mercantil. Esto hace surgir variados problemas, refiriéndonos a los que aparentemente se empiezan a plantear en la práctica.

No se planteará problema alguno cuando quien inicie mediante demanda el procedimiento ejercite las acciones basadas en este sector del ordenamiento sea el adherente, ya que en tal supuesto resulta clara la competencia del Juzgado de lo Mercantil, siempre y cuando se funde expresamente en la aplicación expresa de condiciones generales de contratación, en normas relativas a las mismas. Por lo que en principio, no debe incluirse en la competencia del Juzgado de lo Mercantil una mera reclamación de cantidad al amparo de un contrato que incluye este tipo de cláusulas (ej. contrato de seguro) cuando tal inclusión carece de relevancia jurídica para el caso concreto. La competencia del Juzgado de lo Mercantil será incuestionable cuando se ejerciten por el adherente las acciones individuales expresamente recogidas en el art. 9 Ley 7/1998. O cuando se ejerciten las acciones colectivas a que se refieren los arts. 12 y ss. de la citada Ley.

Ahora bien, el problema se plantea cuando quien acciona es el predisponente exigiendo el cumplimiento del contrato, que se presentará ante un Juzgado de Primera Instancia, y frente a dicha pretensión se alza el adherente oponiendo por vía de excepción la nulidad de alguna condición general o presente reconvencción sobre nulidad o no incorporación de alguna condición general de contratación. Materia que, como ha quedado indicado, se ha atribuido a la competencia especializada de los Juzgados de lo Mercantil. Ciertamente la cuestión se torna más compleja que en los supuestos anteriores por cuanto el Juzgado de Instancia sí que tiene vedada una materia determinada que se ha extraído de su conocimiento para atribuírselo a otro órgano especializado, y en consecuencia no cabe aplicar ningún principio de subsidiariedad (art. 9.2 LOPJ), ni la ausencia de prohibición para su conocimiento, porque en este caso sí existe.

Hemos de tener en cuenta para la resolución de la cuestión diversas normas procesales: a) la introducción en la nueva LEC, en primer lugar, de una regla de preclusión que afecta a la alegación de cuantos hechos y fundamentos de derecho puedan servir para basar lo que se pida en la demanda y en la reconvencción (art. 400 y 406.4 LEC); b) la previsión de una eventual fase de contradicción, por parte del actor, sobre la excepción de nulidad radical del negocio jurídico opuesta por el demandado (408.3 LEC); c) la eficacia de la cosa juzgada,

en todo caso, sobre el pronunciamiento relativo a la excepción de nulidad absoluta de negocio jurídico; d) la prohibición de reconvención cuando el juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia, como es el caso (art. 406.2 LEC); e) el art. 77.2 LEC que tampoco admite la acumulación de autos cuando el tribunal del proceso más antiguo careciere de competencia objetiva por razón de la materia; y finalmente f) el art. 411 LEC que prevé la "perpetuatio iurisdictionis", de forma que una vez iniciado el proceso, las alteraciones que puedan producirse, incluyendo las propias del objeto del mismo, no modificarán la jurisdicción y la competencia.

De una interpretación integradora de las normas procesales enunciadas, si una vez que el Juzgado de Primera Instancia empieza a conocer del asunto y se produce el efecto de litispendencia (art. 410 LEC) con la perpetuación de jurisdicción y competencia (art. 411 LEC) sin posibilidad de entrar a conocer por vía de reconvención de materias sobre las que se carece de competencia objetiva (art. 406.2 LEC), teniendo en cuenta además que las excepciones del art. 408 tienen trámite especial similar al de la reconvención al tratarse de las denominadas por la doctrina "excepciones reconvenionales", y que quien conozca de las mismas también ha de tener competencia objetiva por cuanto sino difícilmente su pronunciamiento tiene efectos de cosa juzgada (art. 408.3 LEC), la conclusión a la que debe llegarse de "lege data" es a que debe mantenerse el conocimiento por parte del Juzgado de Primera Instancia respecto al objeto introducido por la demanda, no procediendo la ampliación del objeto del proceso por medio de reconvención o de excepciones reconvenionales como es la de nulidad del negocio al carecer de competencia objetiva dicho Juzgado, llegando, para que no se divida la contienda de la causa ni propiciar resoluciones contradictorias ante la imposibilidad también de una acumulación de autos, a considerar la existencia de una cuestión prejudicial homogénea, dentro del orden civil a resolver conforme al art. 43 LEC. El demandado deberá interponer la demanda en la que pretenda la nulidad del negocio o de alguna condición general, o su no incorporación, ante el correspondiente Juzgado de lo Mercantil, y posteriormente invocarse la prejudicialidad civil para suspender el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia a la espera de que se resuelva por el Juzgado de lo Mercantil lo que es materia de su competencia y que se considera verdaderamente relevante para resolver la cuestión planteada ante el Juzgado de Primera Instancia.

Más difícil parece mantener, de "lege data", que no de "lege ferenda", el conocimiento único sobre el todo por el Juzgado de Primera Instancia, o su cambio hacia el Juzgado de lo Mercantil apreciando una sobrevenida falta de competencia objetiva. Esta porque chocaría con lo dispuesto en el art. 411 LEC y precisamente, de forma expresa, la LEC trata en diversos preceptos de evitar cualquier ampliación del objeto del proceso al margen de la demanda que pudiera provocar una falta de competencia objetiva, no admitiéndose tal ampliación. Y la primera opción choca con la falta de competencia objetiva expresa por parte del Juzgado de Primera Instancia.

En otro orden de cosas, dada la normal inclusión de este tipo de cláusulas en los habituales contratos de préstamo bancario y pólizas de contratos mercantiles que, según los números 4º y 5º del art. 517.2 LEC (antiguos 1º y 6º del art. 1429 LEC 1881) llevan aparejada ejecución, es oportuno plantearse si el adherente puede oponer la nulidad o no incorporación de una condición general en un proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, lo que plantearía los mismos problemas antes expuestos, pero agravados ante las dificultades para aplicar el art. 43 LEC, mas propio de los procesos declarativos. Ciertamente lo relevante del proceso de ejecución que nos ocupa es la protección judicial del crédito, por ello son características de estos procesos de ejecución la sumariedad, que precisamente veda el examen en el mismo de cualquier cuestión que el ejecutado pueda suscitar y no se encuentre entre las que taxativamente establece la ley, teniendo en cuenta que la relación de títulos que llevan aparejada ejecución no es arbitraria sino que se trata de documentos fehacientes con mayor fuerza por su seriedad en el tráfico económico y jurídico. Dicho esto, y a pesar que bajo la aplicación de la LEC 1881 se interpretó extensivamente el art. 1467 respecto a la nulidad de la obligación y el art. 1466 respecto a la pluspetición, difícilmente podría inculcarse alguna de las excepciones que ahora nos interesan, en la excepción de pluspetición que se orienta más hacia un desajuste del quantum y a reducir ese quantum en el despacho de ejecución, que un rechazo de la demanda de ejecución y su absolución. Tampoco se recoge en los arts. 557, 558, 560 y 561 LEC, una excepción similar a la nulidad de la obligación a que se refería el art. 1467.1º LEC 1881. La supresión de la nulidad de la obligación y del título debe entenderse como una variación consciente del legislador. Por todo ello se entiende que la interpretación más ajustada a la dicción literal de las causas de oposición y la finalidad del proceso de ejecución, debe excluirse el planteamiento en esta vía de las aludidas excepciones propias de las condiciones generales de la contratación. Ello no excluye la posible y debida defensa de la parte más débil en esas situaciones, pero de "lege data" esta solo cabe a través del proceso declarativo posterior, aunque de "lege ferenda" pueda estimarse que se debe permitir la misma defensa en el proceso de ejecución cuando la mayor amenaza del débil deudor se produce normalmente en contratos como los que nos ocupan y son iniciadores de la ejecución basada en títulos extrajudiciales. Pero si la práctica fuere en sentido contrario, es decir, admitiera tal oposición, los problemas son prácticamente insolubles, salvo que se llegara a la misma conclusión que anteriormente: no se puede plantear como excepción cuestiones sobre las que el Juzgado de Primera Instancia carece de competencia objetiva, y éstas en su caso, han de plantearse ante el Juzgado de lo Mercantil, normalmente al término de la ejecución, o cuando en ésta se haya resuelto ya sobre la oposición.

3- COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN MATERIA DE ARBITRAJE.

Una vez más el legislador juega una mala pasada al aplicador del derecho cuando, ante lo que parece un evidente olvido, puede dar lugar a problemas competenciales que en nada benefician el buen funcionamiento de los Tribunales. El art. 86 ter LOPJ introducido por

la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, establece la competencia de los Juzgados de lo Mercantil respecto a "cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje en las materias a las que se refiere este apartado". Sin embargo meses más tarde, la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje, no es que guarde silencio respecto a los Juzgados de lo Mercantil, sino que cuando concreta órganos jurisdiccionales con competencia en la materia se refiere exclusivamente a los Juzgados de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial. Precisamente la misma fecha es la de la Ley Orgánica 20/2003, que modifica el apartado g) del art. 86 ter.2 LOPJ.

Debe tenerse presente que las materias objeto de arbitraje son todas aquellas de libre disposición conforme a derecho (art. 2 Ley 30/2003), por lo que también, y especialmente, aquellas materias atribuidas a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil (Transporte, Marcas...). Por su parte el art. 8 Ley 30/2003 establece la intervención del Juzgado de Primera Instancia para nombramiento de árbitros, asistencia en práctica de pruebas, adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa del laudo y exequátur de laudos extranjeros. La solución se entiende que ha de ser general, sin diferenciar aspectos estrictamente procesales de aquellos que conllevan la aplicación de derecho sustantivo. No da pie a ello ni el citado art. 8, ni el art. 86 ter LOPJ.

De entender que ley posterior deroga ley anterior que la contradiga, deberíamos dejar sin efecto el art. 86 ter.2 g) LOPJ, incluso antes de su entrada en vigor. No parece que sea esa la intención del legislador, y tampoco la solución es fácil cuando la atribución de competencias por razón de la materia no es una materia reservada a normas con rango de Ley Orgánica, siguiendo la tesis que entre Ley Orgánica y Ley Ordinaria no existe una relación de jerarquía normativa sino de competencia. Quizás lo más prudente y ajustado a la "mens legislatoris", deficientemente plasmada, sea considerar la plena vigencia del art. 86 ter LOPJ por cuanto aunque no está en relación de jerarquía con la Ley Ordinaria, no es menos cierto que el art. 81.2 CE establece una mayoría diferente y más cualificada a la necesaria para la aprobación de una Ley Ordinaria para la aprobación, modificación o derogación de la misma, de forma que ésta no puede afectar a aquella. En consecuencia, deberá entenderse que allí donde la Ley de Arbitraje 60/2003 se refiera a la intervención de un tribunal competente o se refiera expresamente a los Juzgados de Primera Instancia, deberá sobreentenderse que se está refiriendo al Juzgado de lo Mercantil cuando se trate de las incidencias o pretensiones concretadas en el art. 8 Ley Arbitraje referidas a la aplicación de la normativa de arbitraje sobre las materias competencia del Juzgado de lo Mercantil.

Nótese como curiosamente se hace necesario actualizar las normas procesales sobre competencia pese a la literalidad de las mismas, debido al olvido inicial del legislador. Así el art. 85.5 LOPJ redactado nuevamente por la Ley Orgánica 19/2003 que reforma en profundidad la LOPJ atribuye a los Juzgados de Primera Instancia el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, en consonancia

con la modificación del art. 955 LEC 1881 llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 Diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Reformas que a pesar de ser posteriores a la Ley Orgánica 8/2003 no contemplan las nuevas competencias de los Juzgados de lo Mercantil especialmente, por lo que al caso afecta, respecto al exequátur de laudos extranjeros, cuando no será inhabitual que se refieran a materias residenciadas ahora en los Juzgados de lo Mercantil. Una interpretación literal, rígida y no integradora, podría haber dado lugar a vaciar de contenido el apartado g) del punto dos del art. 86 ter LOPJ.

Finalmente, percatándose el legislador de su error, no realiza modificación alguna en la Ley de Arbitraje 60/2003, pero sí en la LOPJ, mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, y la reforma de la primera se concreta única y precisamente a reformar el art. 86 ter apartado dos, letra g) atribuyendo a los Juzgados de lo Mercantil, los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 de la Ley de Arbitraje, cuando vengán referidos a materias contempladas en ese apartado.

Con esta simple modificación se resuelven todas las dudas planteadas y en realidad alguna más por cuanto las primeras discusiones en la práctica se centran en la relación entre competencia por razón de la materia y procedimiento. De forma que se ha planteado por ejemplo si el Juzgado de lo Mercantil es competente para ejecutar un laudo arbitral sobre alguna de las materias del art. 86 ter.2 LOPJ, o lo será el juzgado de Primera Instancia como ejecución de título extrajudicial (art. 517.2.2º LEC en relación con el art. 545.2 LEC). Después de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 20/2003 no debe existir duda alguna acerca de la competencia del Juzgado de lo Mercantil. Es claro que la intervención en materia de arbitraje se extiende a todas las cuestiones del art. 8 Ley 60/2003: nombramiento de árbitros, asistencia en práctica de pruebas, adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa del laudo y exequátur de laudos extranjeros. Eso sí, únicamente cuando los asuntos se refieran a materias que sean competencia del Juzgado de lo Mercantil. Entiendo que esta solución es aplicable igualmente a los supuestos en que por aplicación de un Convenio internacional figurara como órgano judicial un Juzgado de Primera Instancia, por cuando es competencia exclusiva del Estado en cuestión la designación de sus autoridades u órganos internos.

4- COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA Y PROCEDIMIENTO.

La competencia atribuida por la Ley Orgánica 8/2003 a los Juzgados de lo Mercantil es objetiva por razón de la materia, concretada en los términos del art. 86 ter LOPJ. La competencia objetiva por razón de la materia es independiente del cauce procesal a seguir para la resolución del conflicto planteado. Por lo tanto, sea cual sea el proceso a seguir, incluyendo los actos de jurisdicción voluntaria, la competencia objetiva para su conocimiento, si su contenido se refiere a materias residenciadas en el Juzgado de lo Mercantil, a este corresponde.

Sin embargo se han planteado serias dudas sobre el particular atendiendo a la terminología que utiliza el art. 86 ter LOPJ para delimitar la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil. Así, utiliza los términos de "demanda", "pretensión", "acción", "cuestión" e "incidencia", planteándose el problema acerca de si se trata de términos empleados en depurada técnica procesal, o si son términos que indistintos e intercambiables, no añaden nada acerca de la delimitación de la materia según su cauce procesal.

Concepto fundamental es el de objeto del proceso civil. Partiendo de las dificultades puestas de relieve por la doctrina para dar un concepto incontestable, puede decirse, según De La Oliva que, el objeto del proceso es lo que hay que solventar en el proceso, aquello que está o se pone ante el Tribunal, en "tela de juicio". Es la cosa de que se trata, la cosa llevada a juicio. Por otro lado, el concepto de acción es el derecho concreto a una cierta tutela jurisdiccional, un derecho público subjetivo frente al estado. Y la pretensión procesal es la petición (dirigida a un órgano jurisdiccional y frente a otra persona) de sentencia sobre un determinado bien jurídico, para la que se invocan o alegan como fundamento unos hechos jurídicamente relevantes, según Ortells Ramos. Pretensión que se introduce mediante actos procesales, es en realidad un acto.

Ya Prieto-Castro y Ferrándiz señalaba que el concepto de "objeto del proceso" no se emplea en el derecho privado ni en el procesal positivo, salvo en algún caso aislado, y en su lugar lo que hacen es identificarlo con los conceptos de "acción" (la mayoría de las veces) y de "pretensión". Pero la necesidad dogmática y práctica de usar dicho concepto es inquestionable, y que exige deshacer la confusión de "acción" (que equipara a "pretensión") con el "objeto del proceso", definiendo este como "el tema que el peticionario de justicia o tutela jurídica somete al órgano jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción incoada en la correspondiente demanda, para que dicho órgano lo haga cuestión a resolver en la sentencia". Señala igualmente que la procedencia de la confusión de conceptos se debe a la recepción del Derecho Romano en que venía a equipararse acción con el derecho mismo en ejercicio, y la idea de que ésta solo era comprensible en cuanto orientada al otorgamiento de justicia en estricta consideración de los diversos derechos privados, con la consecuencia obligada de una clasificación de las acciones partiendo de esos derechos mismos y correlativos objetos del proceso, hasta el punto de que únicamente podía hablarse de un derecho subjetivo en la medida en que estuviese provisto de la correspondiente acción. Así se refiere a acciones personales, reales, mixtas e hipotecarias, si bien tal nomenclatura del derecho positivo se limita a señalar el objeto mediato del proceso.

No siempre es fácil deslindar los conceptos. De la Oliva que diferencia los tres conceptos tratados, señala que lo que identifica el objeto del proceso es la acción que se afirma en la pretensión.

Descendiendo al objeto del proceso en la LEC, ya en su exposición de motivos se afirma que "es asunto con diversas facetas, todas ellas de gran importancia. Son conocidas las

polémicas doctrinales y las distintas teorías y posiciones acogidas en la jurisprudencia y en los trabajos científicos. En esta Ley, la materia es regulada en diversos lugares, pero el exclusivo propósito de las nuevas reglas es resolver problemas reales, que la Ley de 1881 no resolvía ni facilitaba resolver". De ahí que la LEC no haya acogido el concepto desde un punto de vista doctrinario sino que sigue utilizando los conceptos de forma indistinta como por ejemplo utiliza como sinónimos "juicio" y "proceso", y en otros casos los términos de "pretensión" y "acción", y así también se utilizan indistintamente "del juicio", "objeto del proceso" u "objeto del litigio". No ha acogido la LEC una distinción doctrinal sino que viene a referirse a dichos términos de forma indistinta para hacer mención, esencialmente, al propio objeto del proceso, al contenido del juicio, al caso que se examina. En los múltiples ejemplos de la Jurisprudencia puede citarse la STS 31-6-1997 en la que se emplean como sinónimos "cambio de **acción** ejercitada o mutación del **objeto**".

Teniendo en cuenta tales conceptos ni la pretensión ni la acción son, en sí mismos considerados, el objeto del proceso, y por lo tanto no son determinantes de la competencia objetiva. Es el objeto del proceso el que tiene gran relevancia procesal y material, por cuanto a él ha de atenderse, entre otras muchas cuestiones, para delimitar la competencia objetiva, y en consecuencia, el Tribunal que ha de conocer del proceso. En consecuencia puede entenderse que el empleo de diversos conceptos procesales por parte del legislador en el art. 86 ter LOPJ no obedecen a un intento de delimitar los procesos de los que han de conocer los Juzgados de lo Mercantil, sino que lo verdaderamente relevante es la materia que a los mismos se atribuye (sociedades, derecho marítimo, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad...) con independencia de los diversos cauces procesales a través de los que puedan ventilarse los conflictos que versen sobre tales materias, y con independencia de que se haga referencia a términos como acción o pretensión que, en todo caso, quieren hacer referencia al objeto del proceso, a la materia a debatir en el proceso.

Partiendo de estas consideraciones pueden resolverse las dudas que se ha planteado en los Juzgados de lo Mercantil acerca de si son competentes para tramitar **actos de conciliación** que versen sobre materias de su competencia (por ej. En materia de propiedad intelectual) u otros actos de jurisdicción voluntaria sobre negocios de comercio (arts. 2109 y ss. LEC 1881) que respondan a la competencia de dichos Juzgados (por ej. En el ámbito del derecho marítimo: descargas de mercancías, abandono de mercancías y pago de fletes, calificación de las averías y liquidación de la gruesa...), o la tramitación de procesos monitorios referentes a tales materias. En estos casos se considera que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil.

Pocas dudas caben respecto al **proceso monitorio**, configurado como un proceso especial en el que, si bien puede no existir fase declarativa alguna, pasando del requerimiento de pago y el silencio del deudor, directamente al despacho de la ejecución, también se prevé una segunda fase declarativa en caso de oposición del deudor a través de los trámites del juicio verbal o del juicio ordinario según la cuantía, aunque aquí debe tenerse también en cuenta la materia por virtud del art. 249.1 LEC.

Mayores dudas se han planteado respecto a los **actos de jurisdicción voluntaria**. Ciertamente ésta se distingue por la ausencia de un proceso contradictorio como tal, sin estar empeñada ni promoverse cuestión entre partes, pero que exige la intervención de un órgano jurisdiccional que ejerce potestad y autoridad entre diferentes sujetos, creando, modificando o extinguiendo estados o situaciones jurídicas cuando existe avenencia. Ciertamente el ámbito de la jurisdicción voluntaria es sumamente amplio, pero cuando se acude al Juez por este cause no se le toma como árbitro o dirimidor de contiendas, sino como sujeto dotado de autoridad y potestas jurídicas, que son elementos necesarios para los efectos que se pretenden (De La Oliva). Aún cuando no existe contienda, no se trate de jurisdicción contenciosa, en aquellos supuestos en que tales actos versen sobre materias atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil, ellos son los competentes para su conocimiento por cuanto, como hemos insistido anteriormente, el art. 86 ter LOPJ les atribuye el conocimiento de determinadas materias sin circunscribirlo a un determinado o determinados tipos de procesos, o dicho de otra manera, sin excluir ningún cauce procesal.

Menos controversia se ha advertidos en otros supuestos que pudieran resultar en cierto modo dudosos. Así, en principio, los Juzgados de lo Mercantil no han cuestionado su conocimiento respecto a las **diligencias preliminares** reguladas en los arts. 256 y ss. LEC, que, como diligencias anteriores al inicio de un proceso contradictorio pudiera haberse planteado su exclusión en función de los términos "acción", "pretensión", "demanda" que utiliza el art. 86 ter LOPJ, lo que no parece adecuado atendiendo a lo expuesto anteriormente. Ciertamente se hace necesaria una adaptación de la legislación procesal a la creación de estos órganos especializados pero en tanto no se proceda en esa dirección, se deberá realizar una labor de interpretación de las normas adecuada a la nueva realidad sin forzar indebidamente las normas procesales, especialmente las referentes a competencia, pero sin dejar de intentar que en una labor integradora, se solventen tales problemas evitando resultados que pueden rozar sino lo absurdo, si lo indeseado por el propio legislador. Así el art. 257 LEC establece la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de las diligencias preliminares, pero en el mismo art. 257.1 segundo párrafo LEC, establece que para la diligencia preliminar a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior (1º Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación), establece que será competente el Tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Cuando menos en este supuesto debe entenderse que está incluido el Juzgado de lo Mercantil, pero además es defendible que cuando se soliciten diligencias preliminares para interponer posteriormente demanda originadora de un proceso sobre materia competencia del Juzgado de lo Mercantil, también sea este el competente para su conocimiento. Las diligencias preliminares es una actividad preparatoria en el proceso civil, constituye una facultad atribuida a quien se proponga demandar con el objeto de obtener los datos necesarios para facilitar un proceso posterior, condicionar su existencia o, en su caso, asegurar la eficacia de la sentencia que

en su día debe dictarse. Para preservar el principio de igualdad, estas diligencias deben ser acordadas exclusivamente cuando no haya otro medio de preparar el ejercicio de la acción que el solicitante se propone ejercitar, y para ello el Juez tendrá que verificar, tal como impone el art. 258 LEC, que la medida no sólo sea adecuada a la finalidad que el solicitante persigue sino de que concurre justa causa e interés legítimo. Ello conllevará normalmente un examen, aunque sea indiciario o superficial, de cuestiones de fondo, como se deduce también del hecho de que en la solicitud se expresarán sus fundamentos con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar (art. 256.2 LEC) que hace sea conveniente su conocimiento por los órganos jurisdiccionales que han de conocer sobre el fondo del asunto por razón de la materia. Sin perjuicio de que para determinar el Juzgado de lo Mercantil competente territorialmente haya de acudirse a las reglas del art. 257 LEC.

En relación con lo anterior cabe mencionar las **diligencias de comprobación** reguladas en los arts. 129 y ss. Ley de Patentes de 20 Marzo 1986, aplicables también a los procesos sobre marcas por la remisión de la Disposición Adicional Primera Ley 17/2001, de Marcas, y a los procesos sobre competencia desleal (art. 24 Ley de Competencia Desleal, 3/1991, 10 de enero). Tales diligencias tienen una función preparatoria del juicio y, eventualmente, para fundamentar la acción que se ejercite, aproximándose también, en cierto modo, a una prueba anticipada. Como señala la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 26 de Julio 2002:

"Por imposición del Protocolo núm. 8 del Tratado de Adhesión de España a la CEE, de 12 de junio de 1985 -ratificado por Instrumento de 20 de septiembre de 1985-, nuestro país se comprometió a introducir en su legislación un procedimiento judicial conocido con el nombre de diligencias previas de comprobación de hechos, entendiéndose por tal un procedimiento "por el que toda persona con derecho a actuar ante los Tribunales en caso de usurpación de una patente puede solicitar una decisión judicial para que se proceda, en las instalaciones del posible demandado, mediante agente judicial asistido por peritos, a la descripción detallada de los procedimientos objeto de litigio, en particular mediante toma de fotocopias de documentos técnicos, con o sin retención real de pruebas. La decisión judicial puede ordenar el depósito de una fianza destinada a indemnizar al posible demandado de los daños y perjuicios que puedan causarle las diligencias".

Nuestro legislador atendió a esta exigencia configurando en los arts. 129 a 132 LP un mecanismo -ya conocido en nuestro ordenamiento como diligencias preliminares- enderezado a cumplir aquellas funciones y finalidad de preparación del proceso -para poder integrar con mayor conocimiento la causa de pedir- y con aseguramiento de los elementos probatorios necesarios, sometiendo su acceso al control judicial sobre su necesidad, utilidad y proporcionalidad, con facultad judicial para dar por terminado el acto y denegar su eficacia si se constata la inexistencia de violación en la misma sede del sujeto pasivo, y con prohibición en todo caso de divulgación y utilidad en pleito diverso".

Tales actuaciones se han mantenido fuera de la LEC, pero el apartado séptimo del art. 256.1 LEC debe entenderse que se está refiriendo a estas diligencias de comprobación en sede de diligencias preliminares. Y se ha venido entendiendo que la referencia del art. 129.1 Ley de Patentes "al Juez", debe considerarse el Juez competente para conocer del proceso que, en su caso, llegue a promoverse, es decir, el Juzgado de lo Mercantil (art. 86 ter.2 a) LOPJ. Si bien ante la falta de norma expresa en la Ley de Patentes, de considerarse como diligencias preliminares se aplicaría el art. 257 LEC para la competencia territorial, que podría no coincidir con el Juzgado de lo Mercantil que vaya a conocer ulteriormente del proceso; pero si las diligencias fuesen consideradas como prueba anticipada, la aplicación del art. 293.2 LEC nos remite al Juzgado que se considere competente para conocer del proceso principal.

Que, con independencia del que resulte competente territorialmente, ha de atribuirse la competencia a los Juzgados de lo Mercantil por cuanto estos son los competentes en materia de patentes, marcas y competencia desleal, y la resolución de tales diligencias exige entrar a examinar, aunque sea indiciariamente el fondo del asunto, como se deduce del art. 129 Ley de Patentes, pudiendo incluso el Juez, antes de resolver sobre la petición, requerir informes y ordenar investigaciones, debiendo acordarse únicamente las diligencias solicitadas cuando sea presumible la violación de la patente, la marca o la competencia en el mercado, y se rechazará cuando no se considere suficientemente fundada la pretensión.

Finalmente en materia de **medidas cautelares** que se soliciten antes de interponerse la demanda, la cuestión es aún más clara a la vista del art. 133 Ley de Patentes y art. 723 LEC, este con carácter general para todas las materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil, atribuyéndose la competencia al que haya de conocer de la acción, de la demanda principal. Por lo tanto las medidas cautelares que se soliciten para entablar posteriormente demandas sobre materias atribuidas por el art. 86 ter LOPJ a los Juzgados de lo Mercantil, a éstos corresponde su conocimiento y resolución. Recordar que el art. 724 LEC recoge un supuesto especial de competencia referido al arbitraje, estableciendo unos fueros idénticos a los recogidos en el art. 8 Ley 60/2003, de Arbitraje, para cuya adopción es competente también el Juzgado de lo Mercantil en virtud del apartado g) del art. 86 ter.2 LOPJ que, después de la reforma operada por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, residencia en éstos "*los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado*".

5. COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

El art. 125 Ley 11/1986, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, al que remite también la Ley 17/2001, de Marcas (Disposición Adicional Primera Ley 17/2001), establece la competencia para el conocimiento de dichas materias en los Juzgados de Primera Instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado. La atribución a los Juzgados de Primera Ins-

tancia se veía por la doctrina, de forma unánime, como una norma de competencia objetiva. Sin embargo la regla de la atribución de la materia a los Juzgados de Instancia de la ciudad sede del correspondiente Tribunal Superior de Justicia dista de ser pacífico. Así hay resoluciones que aún cuando le dan un tratamiento cercano a la competencia objetiva al estimar que se trata de un fuero legal indisponible, la consideran una norma de competencia territorial, lo que en cierto modo facilita la resolución de temas como la acumulación de acciones de competencia desleal a acciones sobre violación del derecho de marca (SAP de Madrid, sección 12ª de 24-12-2001). Sin embargo participamos de la opinión de quienes entienden que estamos ante un supuesto de competencia objetiva, no territorial. En realidad la norma del art. 125.2 Ley Patentes conlleva la creación, de hecho, de juzgados especializados, reduciendo el conocimiento de la materia a unos pocos de los muchos Juzgados de Instancia existentes, especialización de hecho que se realizaba con vocación de permanencia, y con una distribución relativamente racional por todo el territorio nacional. Los pronunciamientos jurisdiccionales también se han venido inclinando por la consideración de competencia objetiva aún cuando no se han detenido excesivamente en motivar tal consideración. En este sentido puede citarse la STS de 21 Diciembre 2001 o la SAP de Barcelona, sección 15ª, de fecha 7 de Abril 1999. La correcta atribución de la naturaleza jurídica tiene su relevancia no solo a efectos doctrinales sino a efectos prácticos por las diferentes consecuencias jurídicas. Pueden citarse que la vulneración de la competencia objetiva determina la nulidad de pleno derecho (art. 238.1 LOPJ), así como que el auto que aprecia la falta de competencia objetiva, de oficio o mediante declinatoria, indicará a las partes los órganos ante los que han de usar de su derecho, poniendo fin al proceso, en cambio, la apreciación de falta de competencia territorial implica la continuación del proceso ya entablado ante el tribunal competente al que se remiten las actuaciones (arts. 58 y 65.5 LEC).

La problemática que surge tras la creación de los Juzgados de lo Mercantil es si sigue vigente la regla del art. 125.2 Ley de Patentes, o si esta norma ha sido derogada tácitamente. Hay quien sostiene la tesis de que dicha norma sigue en vigor de forma que para el conocimiento de procesos sobre patentes y marcas resultan competentes los Juzgados de lo Mercantil de ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia, con exclusión del resto de Juzgados de lo Mercantil de la misma Comunidad Autónoma, fundándose para ello en el hecho de que no existe una derogación expresa de la norma y que su mantenimiento no choca frontalmente con la misma, y, porque pese a que el legislador no contiene previsión alguna de adaptación del precepto, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, al referirse a la necesaria modificación de la Ley de Planta y Demarcación se señala *"Tan importantes reformas implican la necesaria modificación de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. Por un lado, será necesaria la creación de algunos nuevos juzgados, especialmente en aquellas capitales de provincia en las que, tanto por ser núcleos en donde los procedimientos concursales son estadísticamente más frecuentes, como por tener atribuido el conocimiento exclusivo de determinadas pretensiones con exclusividad al resto (sedes del Tribunal Superior de Justicia), resulte así conveniente para el adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional con respeto a los plazos procesales"*.

Sin embargo no creo que se trate de argumentos definitivos. Por el contrario, como se ha insistido antes, la competencia que establece el art. 125.2 LOPJ es una competencia objetiva por razón de la materia. Y precisamente la Ley Orgánica 8/2003 al crear los Juzgados de lo Mercantil lo hace con la atribución de competencias por razón de la materia, de competencia objetiva también, asignándoles, entre otras, las materias referentes a propiedad industrial, pero sin hacer distinción alguna entre los Juzgados de lo Mercantil de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia y los demás Juzgados de lo Mercantil, debiendo así entender derogada la norma del art. 125.2 Ley de Patentes. Era clara la intención del legislador cuando aprueba la norma del art. 125.2 Ley de Patentes de pretender por esa vía de atribución de competencia objetiva a Juzgados con una determinada ubicación territorial, propiciar la especialización de los mismos y procurar una mayor unanimidad de criterio y seguridad jurídica, al restringir a unos pocos Juzgados la competencia sobre la materia. Ahora tal finalidad se ha conseguido con la creación de los Juzgados de lo Mercantil, sin distinción alguna de la sede en que se encuentren. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003 Mercantil señala los objetivos que se persiguen con su creación. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica: *"A mayor abundamiento, con la creación de los juzgados de lo mercantil deben lograrse otros objetivos. En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica. En segundo término, ello ha de contribuir a que esas mismas resoluciones se dicten 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. En tercer lugar, se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica. Por último, la creación de estos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

Es por ello que debe entenderse modificada o mas bien derogada la norma del art. 125.2 Ley de Patentes, por cuanto la Ley Orgánica 8/2003, atribuye la competencia objetiva en materia de propiedad industrial a los Juzgados de lo Mercantil, sin distinción alguna. No debe perderse de vista que la competencia atribuida por el art. 125.2 Ley de Patentes debe entenderse como un todo, por cuanto solo así tiene sentido, es decir, la atribución de la competencia sobre la materia a los Juzgados de Primera Instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia, con la posibilidad incluso de designar a uno solo de ellos con carácter permanente, donde hubiere varios, precisamente por la finalidad de la especialización. Pero ahora excluida la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y atribuyéndose a los Juzgados de lo Mercantil precisamente con la especialización que les es propia, y el reparto territorial que el legislador ha estimado ajustado a las circunstancias actuales, carece de sentido mantener que tenga que ser únicamente los que estén en la ciudad

sede del Tribunal Superior de Justicia, cuando ello únicamente era necesario cuando se atribuía a los Juzgados de Primera Instancia.

Ello tiene también su relevancia práctica para evitar no solo la concentración de materias de propiedad industrial en determinados Juzgados de lo Mercantil, sino también cuestiones de competencia desleal que, de forma habitual, se ejercitan acumuladamente con acciones sobre violación del derecho de marca, ya que en muchas ocasiones están íntimamente relacionadas en función del supuesto de hecho por cuanto la protección de los derechos exclusivos de propiedad industrial y la protección contra la competencia desleal forman dos círculos concéntricos. El círculo interior es el que protege los derechos absolutos y el más amplio representa la protección contra la competencia desleal. De forma que al tener competencia objetiva sobre ambas materias, no existe problema alguno para su acumulación (art. 73.1 LEC), y al ser habitualmente la acción sobre violación de marcas la acción principal, arrastraría la competencia sobre la acción de competencia desleal. Pero de no ser principal la acción sobre violación del derecho de marcas, y atribuirse tal calificación a la acción de competencia desleal, no podrían enjuiciarse por el mismo Juzgado de lo Mercantil, salvo coincidencia competencial en el mismo Juzgado de lo Mercantil, por cuanto esta última debería atribuirse al Juzgado de lo Mercantil correspondiente en función de la competencia territorial establecida en el art. 52.12 LEC, mientras que la acción no principal sobre violación del derecho de marca debería atribuirse al Juzgado de lo Mercantil de la ciudad en que tiene la sede el Tribunal Superior de Justicia, al no tener competencia objetiva el anterior para conocer sobre las acciones sobre marcas, lo que puede ir en detrimento de la seguridad jurídica y de la evitación de pronunciamientos contradictorios.

De mantenerse la opción que aquí se sostiene, no se darían los problemas expuestos por cuanto las acciones señaladas podrían ejercitarse de forma acumulada hasta ahora y con independencia de cual se considere acción principal, siempre serían conocidas por un único Juzgado de lo Mercantil, resolviéndose únicamente, de ser necesario, en sede de competencia territorial con los criterios del art. 53 LEC, que viene a recoger una rica Jurisprudencia resumida en la SAP de Madrid, sección 12ª de 24 de Diciembre de 2001.

6. COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y SU DERECHO DERIVADO.

El art. 86 ter.2 LOPJ en su apartado f) establece la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer "*De los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado*".

Conviene tener presente la redacción actual de los arts. 81 (antiguo art. 85) y 82 (antiguo art. 86), del Tratado de la Unión Europea:

Artículo 81

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;

- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven el mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar al competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

- Título V, cuya rúbrica fue modificada por el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastrich) reenumerado, pasando de V a VI, por art. 12º 1 Tratado de Amsterdam

- Precepto reenumerado, pasando de 85 a 81, conforme a los cuadros de equivalencias establecidos en el anexo del Tratado de Amsterdam, según señala su art. 12º 1

Artículo 82

Serán incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta y otras condiciones de compra, de venta y otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

- Título V, cuya rúbrica fue modificada por el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastrich) reenumerado, pasando de V a VI, por art. 12º 1 Tratado de Amsterdam

- Precepto reenumerado, pasando de 86 a 82, conforme a los cuadros de equivalencias establecidos en el anexo del Tratado de Amsterdam, según señala su art. 12º 1.

La legislación española al respecto se encuentra en la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, muy similar a las normas comunitarias sobre la materia que nos ocupa ya que precisamente se inspira en dichas normas (arts. 1 a 6).

Siempre se dio por supuesta la invocación directa de los arts. 81.1 y 82 por los particulares ante los Tribunales nacionales, según la doctrina de aplicación directa y efecto inmediato de las normas constitutivas y de los Reglamentos, y así fue resuelto continuadamente por el TJCE. Sin embargo nuestro Tribunal Supremo fue inicialmente reacio a la aplicación de las normas del Tratado sobre defensa de la competencia por los órganos jurisdiccionales (SSTS 13-12-1993 y 3-5-1999), época ya superada a la vista de las nuevas sen-

tencias del Alto Tribunal, así SSTs 2-6-2000, 2-3-2001 y 15-3-2001. Precisamente ahora se atribuye el conocimiento de tales procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado a los Juzgados de lo Mercantil.

Tales preceptos fueron objeto de desarrollo por el Reglamento del Consejo 17/62, de 6 de Febrero. En él se atribuía a la Comisión la competencia exclusiva para aplicar el art. 81.3, esto es, la decisión de inaplicar la disposición prohibitiva del art. 81.3. Y era la Comisión la que tenía que autorizar, a petición de las empresas y previa notificación a la misma, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas del art. 81.1. Este sistema, aparte de otras novedades, ha sido sustituido por el nuevo Reglamento 1/2003 que adopta un sistema de exención legal directamente aplicable por las autoridades nacionales de competencia y tribunales ordinarios. La novedad radica además de eliminar una previa decisión al efecto, en establecer que tanto la prohibición establecida en el art. 81.1, como la de excepción del apartado 3 del art. 81 pueden ser aplicadas directamente no solo por la Comisión sino también por los tribunales nacionales y las autoridades nacionales competentes. En el considerando cuarto del citado Reglamento se establece que "*Conviene, por lo tanto, sustituir este régimen por un sistema de excepción legal directamente aplicable, en el que las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, sean competentes no sólo para aplicar el apartado 1 del art. 81 y el art. 82 del Tratado, directamente aplicables en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sino también el apartado 3 del art. 81 del Tratado*".

Esto significa que la Comisión y las autoridades nacionales de competencia de los Estados Miembros compartían, en el anterior sistema, la competencia para aplicar el apartado 1 del art. 81 y del art. 82, si bien sólo la primera asumía la competencia exclusiva para aplicar el apartado 3 del art. 81. Pero el apartado 2 del mismo establece, además de la prohibición, la sanción de nulidad de los acuerdos o prácticas que reúnan las condiciones del apartado 1. Al prever expresamente esta sanción civil, el Tratado pretende que el Derecho nacional dé al juez la facultad de proteger los derechos de las empresas víctimas de prácticas contrarias a la competencia (STJCE de 18-9-1992, asunto T-24/90, Automec Srl.). Partiendo de ello y del efecto directo de ambas disposiciones, a los jueces nacionales corresponde aplicar, en las relaciones entre particulares, el apartado 2 del art. 81 y el art. 82, esto es, declarar la nulidad de los acuerdos o prácticas contrarios al art. 81.1 y art. 82, y las consecuencias civiles que procedan para compensar a las empresas víctimas de tales actuaciones ilícitas (STJCE de 30-4-1998, asunto Cabour S.A.). Pero además, a través del nuevo Reglamento 1/2003 ya no existe monopolio de la Comisión respecto a la aplicación del art. 81.3 que preveía un mecanismo de exención individual que requería la previa notificación a la Comisión, y se sustituye la autorización singular de la Comisión por una aplicación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 81 que llevarán a cabo las autoridades nacionales y también los jueces nacionales que decidirán, en su respectivo ámbito competencial, si los acuerdos o prácticas de que se trata son restrictivos de la competencia en el sentido del art. 81.1; y en caso positivo, si cumplen o no las condiciones de autorización que contempla el

apartado 3 del art. 81, sin perjuicio de la aplicación integral del segundo tipo antitrust, previsto en el art. 82 (explotación abusiva de posición dominante). Como señala el considerando 7 del Reglamento 1/2003 *"Los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios de los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es conveniente, por tanto, facultarlos para aplicar plenamente los arts. 81 y 82 del Tratado"*.

A las autoridades nacionales corresponde la competencia para la aplicación de los citados preceptos desde la perspectiva de la defensa del orden público económico, concretamente para reprimir los acuerdos y prácticas prohibidas mediante órdenes de cesación, adopción de medidas cautelares e imposición de multas sancionadoras y coercitivas (art. 5 reglamento 1/2003), pero debe tenerse en cuenta que los acuerdos contrarios al art. 81.1 no sólo pueden ser objeto de represión y sanción por las autoridades administrativas competentes sino que también reciben la sanción civil de nulidad de pleno derecho (art. 81.2) con todas las consecuencias que proceden en el ámbito privado, incluyendo la misma sanción en el supuesto antitrust del art. 82 pues aún cuando no contiene una previsión expresa, así lo ha declarado el TJCE ya que un acuerdo en el que se plasme una situación de abuso de posición dominante, está viciado de nulidad.

Centrada así, de forma resumida, la materia objeto de los procedimientos que se atribuyen a los Juzgados de lo Mercantil, causa perplejidad que, siendo competentes para la aplicación de la materia en el ámbito comunitario, sin embargo no se les haya atribuido la misma competencia en el ámbito de la legislación interna. Es de tener en cuenta que uno de los presupuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado es la afectación del acuerdo o práctica al comercio entre los estados miembros, por lo que debe entenderse, de acuerdo con la finalidad del Tratado, el perjuicio a la libre circulación de mercancías o prestación de servicios entre los Estados miembros. De no producirse esta afectación, y ceñirse los ilícitos al ámbito estrictamente nacional, afectando a todo o parte de su mercado pero sin influir directa o indirectamente en el comercio entre los Estados miembros, la normativa aplicable es la nacional, la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia sin dejar de tener en cuenta la Ley 1/2002, de 22 de Febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, que prevé la intervención en la materia de órganos autonómicos de defensa de la competencia cuando las conductas ilícitas no superen el ámbito de una Comunidad Autónoma (el art. 1.3 de la citada Ley 1/2002 establece que: *Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la menciona-*

da Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma), y los órganos jurisdiccionales competentes no serán ya los Juzgados de lo Mercantil sino los Juzgados de Primera Instancia (Arts. 9.2 y 85.1 LOPJ en relación con el art. 86 ter LOPJ que no atribuye esta materia a los Juzgados de lo Mercantil), previendo expresamente la Ley 16/1989, el resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por dicha Ley, cuyo régimen sustantivo y procesal es el previsto en las leyes civiles a aplicar por el órgano judicial competente (art. 13 Ley 16/1989).

Nuevamente se puede producir una fricción competencial entre ambos órganos del orden civil. Tal situación puede llegar a plantearse porque los Juzgados de Primera Instancia siguen teniendo competencia para conocer de las acciones sobre cumplimiento o resolución de contratos mercantiles. Frente a tal pretensión puede llegar a oponerse la nulidad absoluta ya por vía de reconvencción ya por vía de excepción invocando la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado.

La solución ha de ser la misma que se proponía al tratar el tema de las Condiciones Generales de la Contratación en el apartado 2 de este trabajo. De una interpretación integradora de las normas procesales, si una vez que el Juzgado de Primera Instancia empieza a conocer del asunto y se produce el efecto de litispendencia (art. 410 LEC) con la perpetuación de jurisdicción y competencia (art. 411 LEC) sin posibilidad de entrar a conocer por vía de reconvencción de materias sobre las que se carece de competencia objetiva (art. 406.2 LEC), teniendo en cuenta además que las excepciones del art. 408 tienen trámite especial similar al de la reconvencción al tratarse de las denominadas por la doctrina excepciones reconconvencionales, y que quien conozca de las mismas también ha de tener competencia objetiva por cuanto sino difícilmente su pronunciamiento tiene efectos de cosa juzgada (art. 408.3 LEC), la conclusión a la que debe llegarse de "lege data" es a que debe mantenerse el conocimiento por parte del Juzgado de Primera Instancia respecto al objeto introducido por la demanda, no procediendo la ampliación del objeto del proceso por medio de reconvencción o de excepciones reconconvencionales como es la de nulidad del contrato o negocio en que se plasma algún ilícito de los arts. 81 y 82 del Tratado, al carecer de competencia objetiva dicho Juzgado, llegando, para que no se divida la continencia de la causa ni propiciar resoluciones contradictorias ante al imposibilidad de una acumulación de autos, a considerar la existencia de una cuestión prejudicial homogénea, dentro del orden civil a resolver conforme al art. 43 LEC. El demandado deberá interponer la demanda en la que pretenda la nulidad del negocio o de alguna condición general, o su no incorporación, ante el correspondiente Juzgado de lo Mercantil, y posteriormente invocarse la prejudicialidad civil para suspender el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia a la espera de que se resuelva por el Juzgado de lo Mercantil lo que es materia de su competencia y que se considera verdaderamente relevante para resolver la cuestión planteada ante el Juzgado de Primera Instancia.

El problema se agudiza cuando, como señala autorizada doctrina, los arts. 81 y 82 del Tratado deben aplicarse incluso de oficio por los órganos jurisdiccionales al tratarse de normas de "ius cogens", de aplicación directa y eficacia inmediata.

Finalmente se observa una última cuestión sobre estas dudas en materia de competencia que merece una línea. Dentro de los poderes de investigación que en los arts. 17 y ss. del Reglamento del Consejo 1/2003 se atribuye a la Comisión, está la inspección no solo en las empresas y sus locales sino también en cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas. Para tal intervención se precisa la obtención de un mandamiento judicial de un juez del Estado miembro afectado, tal y como existe el art. 21.3 del citado Reglamento quien ha de valorar que no se trate de medidas coercitivas arbitrarias ni desproporcionadas. La cuestión es qué órgano jurisdiccional es el competente en España. La duda está entre el Juzgado de lo Mercantil y el Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

Si siguiésemos la doctrina de la STJCE en el asunto Roquete (C-94/00, de 22 octubre 2002), el Tribunal nacional debe asegurarse que existen indicios suficientes para sospechar la comisión de una infracción, para lo cual la Comisión debe proporcionar explicaciones suficientes; el juez nacional debe asegurarse que las medidas son adecuadas para garantizar la ejecución de la verificación acordada por la Comisión para lo cual la Comisión deberá informar al órgano judicial nacional de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, para poder determinar su gravedad, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, igualmente la Comisión deberá indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación.

Fácilmente se deduce la necesidad de unos conocimientos especializados para realizar las valoraciones precedentes por el órgano jurisdiccional nacional, de forma que de "lege referenda" no cabe duda alguna que los Juzgados de lo Mercantil serían los más adecuados para resolver la cuestión.

Sin embargo, de "lege data" nos encontramos que, siendo competencia de los Estados la designación de los órganos judiciales (art. 35 Reglamento 1/2003), la única previsión con carácter general es la que se prevé en el art. 91.2 LOPJ que atribuye a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo autorizar, mediante auto, el acceso a tales domicilios y lugares, para la ejecución forzosa de actos de la Administración. Ciertamente las instituciones comunitarias no figuran dentro del concepto de Administraciones Públicas recogidas en el art. 1 Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero difícilmente se le puede negar a la Comisión la consideración de Administración a los efectos del art. 91.2 LOPJ en relación con el ordenamiento comunitario, por cuanto teniendo un perfil institucional diferente, es concebida como motor de la integración y

como garantía del desarrollo y cumplimiento de los objetivos comunitarios, siendo la naturaleza de sus funciones a la vez política y ejecutiva, con competencias de iniciativa legislativa, de control (velando por la aplicación de las Disposiciones del Tratado y de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de éste); y de ejecución, siendo así calificada a menudo como el "órgano ejecutivo" de las Comunidades.

Por otro lado, en la legislación nacional, en el art. 34 Ley de Defensa de la Competencia, se prevé una actuación similar de investigación domiciliaria en la que, cuando haya oposición a la entrada por los ocupantes, el Director del Servicio de Defensa de la Competencia solicitará autorización de entrada en el domicilio al Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

Siendo así la cuestión dudosa, resultaría clarificador un acto del legislador atribuyendo tal competencia, de forma expresa, a los Juzgados de lo Mercantil. La cuestión no es baladí cuando las dudas que se suscitan pueden dar lugar a discusión sobre la competencia entre ambas jurisdicciones en supuestos en que la rapidez y diligencia son fundamentales para llevar a buen término la resolución de una medida de tal gravedad.

7- DERECHO CONCURSAL.

La entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003 provoca también múltiples y variadas cuestiones sobre competencia, partiendo de su art. 8 que atribuye competencias exclusivas y excluyentes a favor del Juez del concurso (Juzgado de lo Mercantil) en relación con los arts. 50 a 57 de la citada norma referentes a los efectos sobre las acciones individuales: nuevos juicios declarativos; continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes; procedimientos arbitrales; ejercicio de acciones del concursado; ejecuciones de toda clase de bienes y derechos del concursado; acreedores con garantía real. Todo ello en relación también con el art. 86 ter LOPJ. El tratamiento de todas las cuestiones que pueden plantearse exceden ya de la extensión permitida a este trabajo, y la propia especialidad de la materia justificaría un tratamiento autónomo.

En Pontevedra, Diciembre de 2004.

Francisco Javier Menéndez Estébanez. Magistrado.

ADDENDA.

Por su evidente interés incluyo, sin tiempo para su examen detenido al haber llegado a mí conocimiento el último día para remitir el presente trabajo, las conclusiones del primer Congreso de los Jueces de lo Mercantil, las cuales recojo en su literalidad por su evidente interés práctico en relación con la materia tratada.

Conclusiones del Congreso de Jueces Mercantiles de Valencia en materia de competencias de los Juzgados de lo Mercantil y acumulación de acciones.

Valencia, 9 de diciembre de 2004.

Propiedad Industrial

1- ¿Son exclusivamente competentes los Juzgados de lo Mercantil de la sede del TSJ para el conocimiento de la demandas en materia de propiedad industrial (patentes, modelos de utilidad, marcas y diseño industrial)?

La conclusión del congreso fue afirmativa. El competente será el Juzgado de lo Mercantil de la ciudad sede del TSJ de la Comunidad Autónoma del domicilio del demandado porque hay que aplicar el fuero territorial del art 125 de la ley de patentes con la única matización provocada por la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004 de los Juzgados de lo Mercantil creados por la LO 8/2003, y que implica que la competencia objetiva le corresponda al Juzgado de lo Mercantil (art 86ter) en lugar del Juzgado del Primera Instancia. Se combatió el razonamiento de que el artículo 86 ter de la LOPJ haya podido derogar el artículo 125 de la Ley de Patentes con los siguientes argumentos:

1) Tal precepto no aparece expresamente derogado por la LO 8/2003 que crea los Juzgados de lo Mercantil ni consideramos que este totalmente derogado de forma tácita. La derogación tácita recogida en el artículo 2.2 del Código Civil al decir que la derogación "se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior", exige, como declara la STS 1 de 21 de marzo de 2000, la incompatibilidad de las disposiciones desde la identidad de sus materias reguladas, la identidad de entidades, sujetos y situaciones a ellas sometidas y la absoluta discrepancia de sus respectivos textos, derogándose las más antiguas por la disposición última en el tiempo. Y en el caso presente no concurre tal incompatibilidad absoluta, dado que la única incompatibilidad es la relativa a la mención del órgano objetivamente competente, que pasa de ser el Juzgado de Primera Instancia al Juzgado de lo Mercantil; pero no hay más incompatibilidades entre ambas normas, que pueden armonizarse sin dificultad en los términos expuestos, es decir, sustituyendo la mención " Juzgado de Primera Instancia" por " Juzgado de lo Mercantil " manteniéndose el resto de la norma, ya que la misma establece un criterio de atribución territorial de asuntos, como se infiere del art 52LEC, cuestión al margen de la LO 8/2003, y por ende no afectada por su entrada en vigor con posterioridad en el tiempo.

2) Como norma especial, y con la matización expuesta derivada de la sustitución de la clase de Juzgado objetivamente competente dentro del orden civil, debe mantenerse el art 125 LP frente al genérico art 86ter LOPJ que no incorpora, al no ser su finalidad, criterio de atribución territorial alguno al contrario del art 125LP que es norma de competencia territorial, como ha dicho el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de diciembre de 1997 y de 21 de julio de 2001 y la doctrina científica, entre otros, Gimeno Sendra, Barona Villar y Montón Redondo.

3) Si se entendiese derogado tácitamente el artículo 125 de la Ley de Patentes, ello conllevaría la pérdida de sentido de la regla 13ª del artículo 52.1 LEC y en definitiva la ausencia de toda norma específica que fijase la competencia territorial en materia de propiedad industrial y marcas, lo cual es contrario a la tendencia legislativa de establecer fueros territoriales específicos en estas materias, de carácter indisponible. Consecuencias todas ellas que consideramos que se apartan de la intención del legislador.

4) Y en relación con lo anterior, la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, que crea los Juzgados de lo Mercantil, al tratar de la necesaria modificación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial que suponen aquellos dice "... será necesaria la creación de algunos nuevos juzgados, especialmente en aquellas capitales de provincia en las que, tanto por ser núcleos en donde los procedimientos concursales son estadísticamente más frecuentes, como por tener atribuido el conocimiento exclusivo de determinadas pretensiones con exclusividad al resto (sedes del Tribunal Superior de Justicia), resulta así conveniente para el adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional con respecto a los plazos procesales". Por tanto, el legislador es consciente de la existencia de este fuero territorial a favor de los órganos judiciales de las ciudades sede del TSJ y lo asume y considera como un parámetro a valorar a la hora de modificar la planta judicial por exigencias de estos nuevos juzgados mercantiles. Y en el caso concreto de Alicante ello quizás haya sido uno de los motivos que explique que solo cuente con un solo Juzgado de lo Mercantil, a pesar de ser la una de las provincias con mayor número de sociedades registradas y tener asumida la competencia nacional en materia de marca comunitaria frente a otras circunscripciones que, sin contar con esta competencia nacional, tienen asignados más Juzgados de lo Mercantil.

2-Si se entiende competente el Juzgado de lo mercantil de la ciudad sede del TSJ ¿es posible el ejercicio acumulado de las acciones por competencia desleal?

No hay inconveniente alguno al observarse los requisitos procesales del artículo 73 y vendrá determinada la competencia territorial por aquella acción que sea fundamento de las demás (art. 53).

Propiedad Intelectual

3-¿Es competencia del Juzgado de lo Mercantil conocer de las reclamaciones de cantidad formuladas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual fundadas en incumplimientos contractuales?

Las reclamaciones planteadas por las entidades de gestión, aunque se fundamenten en contratos, si éstos tienen su apoyo en derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual deberían ser conocidas por los Jueces de lo Mercantil, a tenor del art. 86 ter 2 de la LOPJ, al igual que si se tratase de actos de comunicación pública (en bares, hoteles, etc) sin existir previo contrato. No debe olvidarse que precisamente la legitimación de tales entidades, sometida a un régimen especial, viene sustentada en la propia LPI (art. 150) y su actividad no es otra que gestionar y hacer valer los derechos recogidos en dicho texto legal.

4-¿Cabe presentar tales reclamaciones ante el Juzgado de lo Mercantil por el cauce del juicio monitorio?

La asignación competencial a los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter de la LOPJ) es por materias y no por tipo de procedimientos. Por lo tanto no cabe excluir que la reclamación pueda emprenderse por la vía del proceso especial de juicio monitorio.

Derecho europeo sobre competencia

5-¿Cabe acumular en una demanda presentada ante el Juzgado de lo Mercantil acciones fundadas en los arts. 81 y 82 del Tratado CEE y en la ley de Defensa de la competencia española?

Si en un litigio entre particulares el demandante funda su demanda en la vulneración de los arts. 81 u 82 del Tratado CE la competencia es del Juzgado de lo Mercantil. En cambio, si la demanda se funda exclusivamente en la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia española la competencia en el ámbito civil correspondería al Juzgado de Primera Instancia. En caso de que se invocasen ambas normativas relativas a los mismos hechos lo más lógico es sostener la competencia del Juez de lo Mercantil que tiene la atribución exclusiva para conocer de la aplicación de los arts. 81 y 82 en los litigios civiles.

6-¿Cabe acumular otras acciones sobre responsabilidad contractual o ineficacia del contrato fundadas en la normativa española?

Lo que no cabe es aprovechar el litigio sobre el problema concurrencial para introducir la discusión sobre otros aspectos contractuales (resolución por incumplimiento, etc). Los Juzgados de lo Mercantil no pueden conocer de acciones contractuales que pretendan acumularse si no se corresponden con las materias que la ley atribuye a su competencia en el art. 86 ter de la LOPJ.

7-¿Qué juzgado es el competente para conocer de las peticiones de autorización de entrada y registro de la Comisión Europea, el de lo Contencioso-administrativo o el de lo Mercantil?

El art. 86 ter de la LOPJ atribuye a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de cuantas cuestiones sean competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

No obstante, cuando la Comisión, en el marco de un procedimiento comunitario, interese una autorización judicial de entrada y registro al amparo del Reglamento 1/2003 (art. 20) no estará moviéndose en un campo que deba ser competencia del orden jurisdiccional civil, por lo que no cabrá invocar la competencia de los Juzgados de lo Mercantil que se reservarían para los litigios entre particulares.

Conforme al artículo 91.2 de la LOPJ corresponde a los juzgados de la jurisdicción contencioso-administrativa autorizar la entrada en domicilios, edificios y lugares cuyo acceso requiera consentimiento del titular cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración. Por lo que cuando una autoridad nacional de competencia incoe un procedimiento de aplicación del art. 81 y 82 del Tratado CE y precisa de autorización judicial para acceder a las instalaciones del inspeccionado necesitará solicitarla a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El problema estriba en si debe seguir el mismo cauce la Comisión cuando ésta no está incluida, de modo expreso, dentro del concepto de la Administración Pública que se desprende de los arts. 1.2 de la JLCA y 2 de la LRJAE. Lo más coherente es entender, siquiera por analogía, que así debe ser, pues al fin y al cabo se trata del órgano ejecutivo comunitario. Por lo que deberá plantear su solicitud, que además habitualmente encauzará por medio de los órganos españoles de defensa de la competencia, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Derecho Societario

8-¿Es competencia del Juzgado de lo Mercantil conocer de las peticiones de convocatorias de juntas de sociedades mercantiles o de solicitudes de designación de auditor o de liquidador?

Para decidir si los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer de las solicitudes de convocatoria judicial de las sociedades mercantiles debemos considerar lo siguiente:

1.- Naturaleza de los asuntos consistentes en convocatoria judicial de sociedades mercantiles y cooperativas. La doctrina más acreditada coincide en que nos encontramos ante un expediente de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la discusión se ha centrado en la mayoría de las ocasiones en la legislación aplicable a la tramitación del procedimiento. Algún autor, como NEILA NEILA, ha abogado por la aplicación de los artículos 2109 y 2162 y ss. de la LEC 1881. Sin embargo, GONZÁLEZ POVEDA afirma con rotundidad que acudir a las disposiciones generales aplicables a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio es insoslayable por la naturaleza del propio expediente procesal. Sin embargo, entiendo que acudir al Título VII de la Segunda Parte del Libro III LEC 1881 ninguna solución aporta al asunto concreto que nos planteamos. De este modo la regulación de la convocatoria de sociedades mercantiles se encuentra en los artículos 101 LSA y 45.5 LSRL, y la convocatoria judicial de cooperativas se encuentra prevista en el artículo 23.2 y 4 de la Ley de Cooperativas. Es precisamente en dicha normativa donde se encuentran los pocos extremos reguladores de las referidas convocatorias judiciales.

2.- Competencia del Juez Mercantil. Debemos acudir al artículo 86 ter número 2 LOPJ. Tal precepto por lo que aquí interesa atribuye al Juez de lo Mercantil competencia objetiva para conocer de "todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas". Ninguna referencia en este número ni en ningún otro del precepto se hace a que la atribución de la competencia al Juez Mercantil lo sea por la naturaleza del procedimiento. De este modo debemos entender que con la locución "todas aque-

llas cuestiones" el legislador se refiere a todos aquellos asuntos, acciones o pretensiones cuyo origen sea la legislación de las sociedades mercantiles y de cooperativas. Y en el presente caso, es obvio que el único sostén legal de la convocatoria judicial -así como de las otras-, de las sociedades mercantiles y de las cooperativas, se encuentra en la legislación de tales sociedades y en la de cooperativas. Es la única normativa existente que da soporte a la posibilidad de las referidas convocatorias judiciales y por tanto, al decir del artículo 86 ter número 2 LOPJ, es una cuestión que únicamente se puede promover al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.

Por lo tanto, la respuesta a la pregunta inicial debe ser afirmativa a tenor de lo establecido en el artículo 86 ter de la LOPJ. El empleo de la expresión "cuestiones" que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas, provoca que todos los expedientes judiciales, sean contenciosos o no, en materia societaria o cooperativas sean competencia del Juzgado de lo Mercantil.

Competencia Desleal

9-¿Es competencia del Juzgado de lo Mercantil conocer de reclamaciones contractuales (resolución de contrato de franquicia, etc) que la demandante pretenda acumular a una pretensión fundada en la ley de competencia desleal?

Las respuesta es negativa, ya que no es posible derogar las normas sobre competencia objetiva por razón de la materia al amparo de la acumulación de acciones. Los Juzgados de lo Mercantil no pueden conocer de acciones contractuales que pretendan acumularse si no se corresponden con las materias que la ley atribuye a su competencia en el art. 86 ter de la LOPJ. Las soluciones para evitar resoluciones discrepantes ya están previstas en la propia ley procesal (prejudicialidad, resolución a título incidental, etc).

Condiciones generales de la contratación

10-¿Basta la existencia de una pretensión basada en un contrato con condiciones generales de contratación para que la competencia se atribuya al juzgado de lo mercantil?

No, porque el art 86 ter de la LOPJ se refiere a las acciones previstas en la LCGC y no a cualquier litigio en el que salga a relucir una condición general de contratación; lo contrario implicaría que cualquier litigio basado en una póliza bancaria, de seguros, de suministros, etc, sería competencia del Juzgado de lo mercantil. No es eso lo que persigue la atribución competencial de la LOPJ que debe entenderse referida a las acciones colectivas del art 12 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y a las acciones individuales del art 9 del mismo texto por las que el adherente solicita la nulidad o no incorporación de una Condición General de Contratación a su relación jurídica individual.

Jurisdicción voluntaria

11-¿Es competencia del Juzgado de lo Mercantil la celebración de actos de conciliación que puedan tener relación con alguna de las materias citadas en el artículo 86 ter de la LOPJ?

Existen las siguientes razones para defender que no corresponden al Juzgado de lo Mercantil:

1º-La interpretación literal del art 86ter LOPJ cuando se trate de actos de conciliación en materia de propiedad intelectual, industrial, competencia desleal y publicidad; este precepto atribuye la competencia objetiva al Juzgado de lo Mercantil, entre otras, respecto de "las demandas en que se ejerciten acciones relativas a "... propiedad intelectual..."y parece evidente que en el acto de conciliación no se ejercita acción, ya que se intenta antes de promover juicio (art 460 LEC 1881, aplicable en virtud de la Disposición Derogatoria Única LEC 1/2000) ni se inicia con demanda sino con una mera "papeleta"(art 464LEC 1881), por lo no concurre el supuesto del art 86 ter LOPJ 2º-La asimilación a los actos de jurisdicción que se configura como una atribución de los Juzgados de Primera Instancia o de Paz distinta a la propiamente función jurisdiccional, a la que se limita la jurisdicción del JM (ver tesis amplia de la cuestión anterior).

3º-La interpretación teleológica a la vista de los fines que la Exposición de Motivos de la LO3/2003 creadora de los Juzgados de lo Mercantil señala como justificativos de su creación. Y en el caso de un acto de conciliación, al margen de la materia sobre el que verse, no parece necesario la existencia de un órgano judicial especializado para su conocimiento, dado que en este expediente el titular del órgano judicial no ejerce propiamente una función jurisdiccional sino que se limita a una función de mediación, intentando avenirlos, por lo que poca explicación tiene que se atribuya el conocimiento de todos los expedientes de este tipo a un juzgado especializado como el mercantil.

Y debemos traer a colación el auto del TS de 19 de diciembre de 2003 que al interpretar el art 463 de la LECiv/1881 que dispone que "Los Jueces de Primera Instancia o de Paz del domicilio, y en su defecto, los de la residencia del demandado serán los únicos competentes para conocer de los actos de conciliación..." afirma que "el precepto establece por tanto una regla de competencia objetiva -Jueces de Primera Instancia o de Paz - y una regla de competencia territorial determinada por el domicilio del demandado en conciliación. En cuanto a norma de competencia objetiva, se está ante una norma de Derecho cogente y orden público apreciable de oficio -artículo 48.1 LECiv/2000- de interpretación estricta atendidos los principios de legalidad procesal y predeterminación legal de la competencia (artículos 1 y 44 LECiv/2000) Según la interpretación literal y gramatical del citado artículo 463 LECiv/1881: Serán los jueces de primera instancia y de los de Paz, los únicos competentes -dice su tenor literal-, la Ley estatuye unos criterios de competencia exclusivos y excluyentes en el sentido de que no quedan modificados por las reglas de competencia deferidas en razón del privilegio de fuero, también de interpretación restrictiva (art. 56.2º y concordantes LOPJ), que entran en juego cuando se ejercitan pretensiones en el ámbito de un proceso- el citado art. 56.2º LOPJ atribuye a la Sala 1ª del TS el conocimiento de las demandas de responsabilidad civil contra determinadas personas- y es evidente que, con independencia de su nombre, la llamada demanda de conciliación, no

constituye ejercicio de pretensiones ni conduce a la iniciación de un proceso" rechazando la competencia de la Sala Primera del TS para la tramitación del acto de conciliación presentado ante la misma como previo a una demanda cuyo conocimiento sí correspondía a dicha Sala.

Y conectado con lo anterior, resulta cuando menos llamativo que unos expedientes que hasta ahora, y sin ningún género de discusión, se sustancian ante los jueces civiles del domicilio del futuro demandado, sean estos de Primera Instancia o de Paz (art 463 LEC 1881 al ser fuero indisponible) de pronto deriven a un juzgado especializado ubicado en la capital de provincia, con merma, al no tener justificación alguna, del derecho del justiciable a obtener una respuesta judicial próxima, obligándole a desplazarse muchos kilómetros en muchas ocasiones, cuando no estamos propiamente ante un litigio o procedimiento contencioso, en cuyo caso sí tiene justificación esa especialización judicial. Mantener lo contrario provoca como resultado que se atribuyan al Juez de lo Mercantil unos procedimientos o expedientes que hasta ahora eran conocidos, en muchas ocasiones, por los jueces de paz, sin cuestionamiento alguno, y no parece que esa haya sido la intención del legislador con la creación de la jurisdicción especializada de lo mercantil, que por otra parte podría ver colapsado el normal funcionamiento de la oficina judicial con los múltiples expedientes de este tipo que todos los órganos de la provincia conocen.