

**COMENTARIO AL ARTÍCULO 17 [LEGITIMACIÓN PASIVA] DE LA  
LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

**Fernando GASCÓN INCHAUSTI**  
**Departamento de Derecho Procesal**  
**Universidad Complutense de Madrid**  
[fgascon@ucm.es](mailto:fgascon@ucm.es)

*Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, obra colectiva dirigida por Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 727-751.

**ISBN: 84-470-1773-7.**

Documento depositado en el repositorio institucional E-prints Complutense  
<http://eprints.ucm.es/>

Los números de página de este documento no se corresponden con los del texto publicado.

## **Artículo 17** **Legitimación pasiva\***

**1. La acción de cesación procederá contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas.**

**2. La acción de retractación procederá contra cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.**

**3. La acción declarativa procederá contra cualquier profesional que utilice las condiciones generales.**

**4. Las acciones mencionadas en los apartados anteriores podrán dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas.**

### SUMARIO

I. LEGITIMADOS PASIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN: 1. La condición de “profesional”; 2. La “utilización” de las condiciones generales; 3. La “nulidad” de las condiciones generales — II. LEGITIMADOS PASIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RETRACTACIÓN: 1. No sólo “profesionales”; 2. La “utilización” y la “recomendación pública” de las condiciones generales; 3. La utilización “efectiva” por algún predisponente. — III. LEGITIMADOS PASIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DECLARATIVA. — IV. ACUMULACIÓN DE ACCIONES FRENTE A VARIOS DEMANDADOS: 1. Sujetos que pueden ser demandados conjuntamente; 2. Acciones que pueden acumularse; 3. Presupuestos de la acumulación; 4. Supuestos especiales; 5. Momento en que puede producirse la acumulación; 6. Síntesis; 7. Régimen del proceso con pluralidad de demandados; 8. Tratamiento procesal de la acumulación de acciones.

### COMENTARIO

Una vez delimitados los posibles sujetos activos de las acciones colectivas y las concretas condiciones para que puedan ejercitarlas con éxito, dedica la Ley el art. 17 a la determinación de la legitimación pasiva. Pretende con ello precisar

---

\* Por Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Doctor en Derecho, Profesor Ayudante de Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid.

frente a qué sujetos o entidades procederá la utilización de estos especiales instrumentos de tutela colectiva contra el uso incorrecto de las condiciones generales de la contratación.

El artículo 17, al menos en sus tres primeros apartados, guarda así una estrecha relación con el artículo 12. Y es que, en cierta medida, al determinar frente a qué personas y bajo qué condiciones podrán interponerse las acciones colectivas, se están regulando también los hechos constitutivos de aquéllas. De ahí que, en rigor, el art. 17 debiera ser el reverso del art. 12; se trataría, probablemente, de un precepto superfluo, pues no hay más que atender al contenido de las acciones delimitado en los diversos apartados del art. 12 para saber a quién se puede demandar. El problema, como tendremos ocasión de comprobar, es que el enlace entre ambos artículos no es siempre todo lo armónico que cabría esperar, lo cual puede acarrear ciertas dudas interpretativas, en ocasiones de difícil solución.

## **I. LEGITIMADOS PASIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN (APARTADO 1).**

La acción de cesación, nos dice el art. 12.1, podrá interponerse contra la utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la LCGC o en otras leyes imperativas o prohibitivas. Por eso mismo establece el apartado 1 del art. 17 que procederá “contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas”.

### **1. La condición de “profesional”.**

El precepto exige, en primer término, que la demanda se interponga frente a un sujeto o entidad que ostente la categoría de “profesional”. Lo cierto es que la redacción original del Proyecto remitido por el Gobierno no hacía esta matización, y empleaba sencillamente la palabra “persona”. Fue una enmienda del Grupo Parlamentario Popular, amparada en la mejora técnica del precepto, la que motivó la sustitución del término “persona” por el de “profesional”<sup>1</sup>. Qué se entiende por “profesional”, a estos efectos, nos lo dice el art. 2.2 de la propia Ley (a cuyo comentario procede remitir al lector); pero resulta, en cualquier caso, una exigencia obvia, pues por definición todo aquél que utiliza condiciones generales de la contratación tiene, a los ojos de la presente Ley, la cualidad de “profesional” o “predisponente” (art. 2.1 en relación con el 2.2).

---

<sup>1</sup> En concreto, se trató de la Enmienda 137 del Grupo Parlamentario Popular, expresada del siguiente modo: “Debe sustituirse la palabra «persona» por la de «profesional» en los números 1º, 2º y 3º del artículo 16”. Contaba con una escueta *Justificación*: “Mejora de redacción y coherencia con el párrafo cuarto” (*B.O.C.G., Congreso de los Diputados*, 23 de octubre de 1997, Serie A, núm. 78-6, pág. 57).

## **2. La “utilización” de las condiciones generales.**

Es necesario, además, que el profesional al que se pretenda demandar “utilice” condiciones generales. Probablemente sea la determinación de lo que se entienda por “utilización” la mayor –en realidad, la única– dificultad para una correcta intelección de este apartado. En principio, son dos las posibles soluciones:

a) Considerar que la utilización presupone que el predisponente-profesional haya celebrado ya algún contrato al que se hayan incorporado las concretas condiciones generales que se reputen nulas. Se trataría de una interpretación restrictiva de lo establecido en el precepto.

b) Entender que un profesional utiliza condiciones generales cuando se sirve de ellas *lato sensu* en su actividad contractual, con independencia de que haya celebrado o no algún contrato singular al que esas condiciones se hayan incorporado. Nos encontraríamos aquí ante una interpretación amplia, que permitiría considerar que el profesional que *tiene previsto* un determinado clausulado como condiciones generales para una parcela de su actividad contractual *ya* las está utilizando.

Ambas interpretaciones caben dentro del tenor literal de la Ley. En especial, no encuentra difícil acomodo en ella la segunda, si tenemos en cuenta que el contenido de la acción de cesación es, según el art. 12.2, la condena a eliminar de las condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo: resulta en ambos casos evidente que la Ley no exige que se haya celebrado ningún contrato singular para que tenga éxito la acción.

A nuestro juicio, es precisamente esta segunda la interpretación que mejor encaja con el espíritu y el sistema de la Ley. De un lado, porque de lo contrario carecería de sentido que en el art. 17.2 se exigiera una utilización *efectiva* para el éxito de la acción de retractación<sup>2</sup>; y, sobre todo, porque si la finalidad que se pretende en general con la Ley, y en particular con las acciones colectivas, es la depuración del tráfico jurídico de condiciones generales ilícitas, lo más conveniente es sin duda “adelantar la barrera de protección”, es decir, permitir impugnarlas desde el mismo momento de su confección y su predisposición al tráfico, con independencia del éxito del profesional a la hora de lograr clientes con los que contratar. Es precisamente esa “predisposición” de las cláusulas lo que las define como condiciones generales; y “predisposición” supone existencia previa a su incorporación a los contratos individuales, de donde se deduce que las condiciones generales existen fuera de los contratos. Por eso, cuando estamos en presencia de acciones colectivas, con las que se pretende un control “abstracto”, desvinculado de las relaciones contractuales singulares, resulta evidente la

---

<sup>2</sup> Cfr. lo que se dirá sobre esto en el apartado siguiente.

conveniencia de considerar utilizadas las condiciones cuando el profesional las tiene previstas para incorporarlas a sus contratos<sup>3</sup>.

Ésta es, por otra parte, la opinión sostenida de forma unánime por la doctrina alemana; a modo de ejemplo, han entendido los autores y, sobre todo, los Jueces y Tribunales alemanes, que: *a)* no hace falta que se llegue a un contrato eficaz en el que se incluyan las condiciones; *b)* basta con que se haya aludido a la inclusión de las condiciones generales en el contrato durante su fase preparatoria, de forma que se entienden utilizadas aunque la parte adherente no lo haya celebrado; *c)* también se entienden utilizadas cuando el contrato es inválido o ineficaz por la concurrencia de vicios de la voluntad; *d)* incluso se han considerado utilizadas cuando se ha celebrado un contrato sin que puedan considerarse incorporadas a él de forma válida y eficaz las condiciones generales (por ejemplo, si se han incorporado a la factura o resguardo de entrega); *e)* por acabar con los ejemplos, se consideran utilizadas cuando el profesional, durante el desarrollo de la relación contractual, alega que son de aplicación al contrato, con independencia de que realmente lo sean o no<sup>4</sup>.

En todo caso, la carga de la prueba de la utilización de las condiciones generales recae sobre el demandante<sup>5</sup>; aunque, claro está, la interpretación amplia de lo que ha de entenderse por “utilización” le aligerará en buena medida esta tarea.

Evidentemente, se entiende que utiliza las condiciones el predisponente, es decir, quien, en caso de celebración de un contrato, quedaría vinculado con el adherente, aunque no sea él quien lo haya negociado<sup>6</sup>. Se excluye así la legitimación pasiva de quienes actúen en el tráfico jurídico-económico como representantes de los profesionales (salvo, tal vez, y a juicio de la doctrina alemana, cuando las condiciones generales de la contratación también sirvan al interés del representante: v.g., el mediador en la venta de vehículos de segunda mano<sup>7</sup>).

---

<sup>3</sup> En este sentido, véase el Decreto-Ley portugués: en su art. 25, establece que las cláusulas contractuales generales, elaboradas para su utilización futura y que contraríen lo dispuesto en determinados preceptos, podrán ser prohibidas por decisión judicial, *independientemente de su inclusión efectiva en contratos singulares*; y en su art. 27.1.a) señala como destinatarios de la acción de cesación a quienes, predisponiendo cláusulas contractuales generales, *proponga contratos que las incluyan*.

<sup>4</sup> Cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-13, págs. 993-994; HEINRICHS, *Palandt-BGB*, *cit.*, AGBG 13-2, pág. 2442; GERLACH, *MiKo*, *cit.*, AGBG § 13 31-33, págs. 1855-1856.

<sup>5</sup> Cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-14, pág. 994.

<sup>6</sup> Cfr. HEINRICHS, *Palandt-BGB*, *cit.*, AGBG 13-5, pág. 2443.

<sup>7</sup> HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-14, pág. 994.

### **3. La “nulidad” de las condiciones generales.**

Por último, es necesario que el profesional al que se trate de demandar utilice “condiciones generales que se reputen nulas”. Pues bien, aunque empleada de forma impropia y con total ausencia de la mínima precisión terminológica exigible al legislador, no nos cabe duda de que la expresión “reputarse nulas” debe ser interpretada a la luz del art. 12.1 de la Ley: por ello, ha de entenderse como considerarlas “contrarias a lo dispuesto en la LCGC o en otras leyes imperativas o prohibitivas” (y sobre esto, véase el comentario oportuno *supra*).

## **II. LEGITIMADOS PASIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RETRACTACIÓN (APARTADO 2).**

### **1. No sólo “profesionales”.**

Según el art. 12.1 de la Ley, la acción de retractación se podrá interponer contra la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la LCGC o en otras leyes imperativas o prohibitivas; su contenido consiste en instar del Juez que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (art. 12.3).

Si éste es el “anverso” de la acción de retractación, sorprende que lo que debiera ser su “reverso” presente importantes y perturbadoras diferencias con él. Y es que, según el apartado 2 del art. 17, la legitimación pasiva corresponde al *profesional* que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico, *siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente* (esta última exigencia la contenía también inicialmente el texto del art. 12.3, pero fue suprimida con la nueva redacción que le otorgó la nueva LEC en la D.F. Séptima).

El escollo fundamental salta a la vista a nada que se lea y se compare con detenimiento el tenor literal de ambos preceptos: ¿está legitimada pasivamente una asociación o corporación de empresarios o profesionales que recomiende la utilización de condiciones generales que se reputen nulas? El sentido común nos llevaría hacia la respuesta afirmativa: al fin y al cabo, parece que los destinatarios “naturales” de estas acciones serían precisamente quienes no utilizan condiciones nulas en el tráfico –porque no son profesionales y no contratan–, pero lo perturban pues invitan a otros a hacerlo<sup>8</sup>. La respuesta que nos da la Ley es,

---

<sup>8</sup> Así se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado IV: “(...) la de retractación, dirigida a prohibir y retractarse de su recomendación [...], y que permitirá actuar no sólo frente al predisponente que utilice condiciones generales nulas, sino *también frente a las organizaciones que las recomienden*”(la cursiva es nuestra). También lo señala con toda claridad la Memoria justificativa que el Gobierno acompañó al Proyecto de Ley: “No deja, por ello, de tener sentido la distinción entre la acción de cesación (que se utilizará frente a los

sorprendentemente, la contraria: el art. 17.2 exige que se trate, en todo caso, de un “profesional”, noción ésta en la que, a tenor del art. 2.2 de la Ley, no pueden encuadrarse buena parte de los sujetos y entidades que, de hecho, pueden recomendar la utilización de condiciones generales de la contratación.

El desaguisado tiene su origen en la ya referida enmienda 137 del Grupo Parlamentario Popular, que sustituyó el término “persona” por el de “profesional”. Tal vez en los casos de los apartados 1 y 3 la enmienda cumplió con la finalidad de “mejora de redacción y coherencia con el párrafo cuarto” que le sirvió de –escuetísima– justificación. Sin embargo, en relación con el apartado 2º, sirvió para poner en peligro de convertirse en letra muerta a buena parte del significado de la acción de retractación (salvo que pueda llegarse a algún tipo de interpretación superadora de la expresión legal).

Y es que si de modo genérico esta acción procede contra la recomendación de condiciones nulas (art. 12.1), no tiene sentido después restringir su ámbito de aplicación a la recomendación *por profesionales*. Además, dudamos mucho de que el alcance de la enmienda introducida fuera previsto y deseado por quienes la propusieron: porque, de ser así, no se comprende cómo no se reformó también el art. 12.3, cuando dice que por medio de esta acción se insta la imposición al demandado, *sea o no el predisponente*, de la obligación de retractarse (...). Y las inesperadas consecuencias de tan desafortunada mejora de redacción llegan al cúmulo de la incomprensión cuando se descubre que el art. 17.4 sí que permite demandar la retractación de estas asociaciones, pero, eso sí, “conjuntamente”. Y resulta que ese “conjuntamente” no se refiere sólo a *otros profesionales* (en cuyo caso tal vez podría pensarse que la Ley sólo quiere que se pueda demandar la retractación de las asociaciones si simultáneamente también se pretende la cesación o retractación de los profesionales incluidos en ellas), sino también a *otras asociaciones*, sin necesidad de que se demande a profesional alguno. Desde luego, si lo que quería la Ley era que, siendo el potencial demandado una asociación o corporación profesional, no se pudiera solicitar su retractación de forma individual, sino conjuntamente *con otros* –cosa que ya de por sí parece descabellada (piénsese, por ejemplo, en aquellos sectores en que sólo existiera una sola)–, no podía haberlo hecho de forma más oscura y tortuosa.

En definitiva, parece evidente que si se interpreta literalmente el art. 17.2 se llega a conclusiones rayanas en lo absurdo. De forma genérica, excluir del

---

predisponentes de las condiciones que se estimen nulas), y *la acción de retractación (que se utilizará frente a Corporaciones u Organizaciones empresariales o profesionales que recomienden cláusulas generales contrarias a la Ley)*” (el texto de la Memoria lo hemos consultado en CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 171; la cursiva es nuestra). E igualmente lo sostiene la doctrina alemana: cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-16, pág. 995; HEINRICHS, *Palandt-BGB, cit.*, AGBG 13-9, pág. 2443; GERLACH, *MüKo, cit.*, AGBG § 13-34, pág. 1856; GERLACH, *MüKo, cit.*, AGBG § 13-46, pág. 1862.

campo de los legitimados pasivos a las asociaciones y corporaciones profesionales (incluidas las Cámaras y los Colegios profesionales) podría obedecer a la intención de no confundirlos con los legitimados activos<sup>9</sup>. Pero resulta evidente que no es ésta la intención que guió al legislador, puesto que sí permite “codemandarlos” en el art. 17.4. Y tampoco puede decirse que estas asociaciones y corporaciones caben dentro del concepto de “profesional” empleado por el 17.2, pues de ser así el 17.4 no distinguiría precisamente entre los “profesionales” y sus “asociaciones”.

En consecuencia, una interpretación literal del art. 17.2 desvirtúa el significado de la acción colectiva de retractación como acción autónoma, pues su principal destinatario natural, aquellas asociaciones y corporaciones que se dedican, entre otras cosas, al asesoramiento e información de sus miembros (profesionales), no pueden ser demandadas a título individual. Por ello, pensamos, se debe superar la expresividad legal por exigencias de la pura lógica y con la ayuda de una interpretación sistemática, que relacione el precepto con el art. 12.3 (que no exige que el demandado sea el predisponente = profesional) y con el art. 17.4, para llegar a la conclusión de que no existe límite alguno en relación con quién puede ser demandado en las acciones de retractación, siempre, claro está, que concurren los demás presupuestos requeridos por el precepto.

## ***2. La “utilización” y la “recomendación pública” de las condiciones generales.***

Una vez aclarado que la acción de retractación procede tanto frente a profesionales como frente a asociaciones<sup>10</sup>, corporaciones y organizaciones de empresarios o profesionales<sup>11</sup>, exige la Ley de todos ellos que recomienden públicamente la utilización de condiciones generales que se consideren nulas. Acerca de lo que ha de entenderse por “utilización de condiciones generales”,

---

<sup>9</sup> Aunque lo cierto es que, de ser así, no podríamos compartir el argumento, pues nada hay de ilógico en que un mismo sujeto pueda asumir la posición activa o pasiva *en diferentes procesos*. En la doctrina alemana está asumido que las asociaciones de esta índole, así como las Cámaras pueden ser tanto demandados y demandantes, y de ello lo que se deduce es que las condiciones generales que pueden recomendar deben ser exquisitamente respetuosas con la legalidad (*lupenrein*, ultralimpias): cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-16, pág. 995.

<sup>10</sup> Cfr. también BARRÓN DE BENITO, *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 83.

<sup>11</sup> Aunque el párrafo 4º se refiera sólo a las *asociaciones*, una vez superado el tenor literal del precepto nos parece evidente que la legitimación pasiva debe corresponder también a las corporaciones profesionales, incluidas las Cámaras de Comercio y los Colegios profesionales, por la sencilla razón de que también pueden recomendar cláusulas nulas que, como consecuencia de su recomendación, se utilicen efectivamente por algún predisponente en alguna ocasión. Se produce en estos casos una posible concurrencia de legitimación activa y pasiva en unos mismos entes, que, sin embargo, en nada perturba ni el esquema conceptual ni el funcionamiento de las acciones colectivas.

nos remitimos a lo que se dijo en el apartado anterior; lo mismo procede hacer en relación con el significado de la expresión “que se consideren nulas”.

Alguna precisión requiere, en cambio, lo que haya de entenderse por “recomendar públicamente”. Según el Diccionario de la Real Academia, por “recomendar” se entiende “aconsejar a alguien cierta cosa para bien suyo”; y por “públicamente”, “de un modo público” (es decir, “notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos”). Por ello, la recomendación pública exigida por el precepto puede entenderse, a nuestro juicio, como toda actividad llevada a cabo de forma que llegue a conocimiento de los profesionales (sean éstos destinatarios determinados o genéricos) y que pretenda tener como efecto querido –o no excluido– el que éstos se sirvan de unas determinadas condiciones generales en su tráfico jurídico<sup>12</sup>.

De modo expreso –y quizá también innecesario– equipara la Ley a la recomendación la “manifestación pública por parte de un profesional de su voluntad de utilizar determinadas condiciones generales en el tráfico”. Es decir, a los ojos del legislador también recomienda quien da ejemplo, de forma pública, con la conducta propia. Evidentemente, frente a este profesional no se excluye el ejercicio de la acción de cesación –siempre, claro está, que haya llegado a utilizar las condiciones<sup>13</sup>– que, dado el caso, podrá acumularse a la de retractación (art. 71.2 LEC). Y es que a través de esta segunda lo que se consigue es la condena a retractarse y abstenerse de cara al futuro de su manifestación pública de la voluntad de utilizarlas, pero no la condena en sí a no utilizarlas. En cualquier caso, esta equiparación legal es prueba de que el término “recomendación” debe ser interpretado de forma amplia.

De hecho, si nos atenemos a la experiencia jurisprudencial alemana, son muchos los casos en que se considera existente una conducta de recomendación: se ha entendido, por ejemplo, que existe recomendación aunque el recomendante evite emplear ese término, o expresamente –ante el temor de ser objeto de una acción colectiva– sostenga que no se trata de recomendaciones, sino de simple “información”<sup>14</sup>; cuando la cláusula nula se ofrezca en la recomendación en compañía de otras alternativas (y sean o no también nulas esas cláusulas alternativas)<sup>15</sup>; de modo especial, constituyen un acto de recomendación los libros-formularios de condiciones generales de la contratación<sup>16</sup> –se considera

---

<sup>12</sup> Cfr. GERLACH, *MiKo*, cit., AGBG § 13-43, pág. 1861.

<sup>13</sup> Pues quien manifiesta públicamente su voluntad de utilizarlas aún no las está utilizando, ni siquiera en el sentido amplio en que debe entenderse este término dentro del contexto legal.

<sup>14</sup> Cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, cit., § 13-18, pág. 996.

<sup>15</sup> Cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, cit., § 13-18, pág. 996; HEINRICHS, *Palandt-BGB*, cit., AGBG 13-9, pág. 2443.

<sup>16</sup> Cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, cit., § 13-19 y 13-20, págs. 996-997; HEINRICHS, *Palandt-BGB*, cit., AGBG 13-9, pág. 2443; GERLACH, *MiKo*, cit., AGBG § 13-46, pág. 1862. En nuestro Ordenamiento, como se encarga de advertir la Memoria Justificativa que acompañaba al Proyecto de Ley, y como veremos en breve, “los meros formularios no serían

que el recomendador es entonces el “autor”, salvo que permanezca en el anonimato, en cuyo caso lo será el editor—, aunque, eso sí, no lo constituyen las publicaciones científicas en materia de condiciones generales en las que se recomiendan o proponen como válidas determinadas condiciones<sup>17</sup>; incluso se han considerado como recomendación los “cuadernillos” y “talonarios” que incluyen formularios de contrato (en cuyo caso será demandado el autor, si consta su nombre, y si no, aquél que aparezca identificado en ellos —la imprenta, por ejemplo—)<sup>18</sup>.

### **3. La utilización “efectiva” por algún predisponente.**

Sin embargo, por muy amplia que sea la interpretación de la expresión legal “recomendar públicamente”, no le basta a nuestro Ordenamiento (a diferencia de otros, como el alemán o el portugués<sup>19</sup>) para que tenga éxito la acción de retractación. Y es que la Ley exige algún tipo de evidencia de que la recomendación ha sido eficaz; en términos de la Ley, “que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente”.

Lo primero que hay que aclarar es en qué consiste la expresión “efectivamente utilizadas” a que acude la Ley: es decir, si nos sirve la interpretación formulada anteriormente respecto de lo que significa “utilización”, o si el adverbio “efectivamente” aporta algo sustantivo y distinto. A nuestro juicio, se puede concluir esto segundo. La Ley quiere marcar con el modificador “efectivamente” algún tipo de diferencia frente a aquellos supuestos en que utiliza el verbo “utilizar” sin adverbio alguno: en concreto, que se haya celebrado algún contrato al que las condiciones recomendadas se hayan incorporado. Esto se puede deducir asimismo de la expresión “en alguna ocasión” empleada por la Ley, pues frente a la genérica e indefinida duración temporal de la predisposición de las cláusulas, la “ocasión” significa, por el contrario, un momento puntual, que sólo puede referirse a la celebración de algún contrato “por algún predisponente”. Por otra parte, esta interpretación nos ratifica en la intelección extensiva que debe darse, de forma genérica, al verbo “utilizar” en la Ley (tanto en el apartado 1 como en el 3 del art. 17): porque si el verbo, por sí solo, conllevara ya la exigencia de un contrato singular celebrado con incorporación de las cláusulas, nada nuevo podría aportar el adverbio “efectivamente”.

---

susceptibles de la acción”, salvo que se haya producido una efectiva utilización (el texto de la Memoria, en CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *op. cit.*, pág. 171).

<sup>17</sup> Cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-22, págs. 997-998; HEINRICHS, *Palandt-BGB*, *cit.*, AGBG 13-9, pág. 2443; GERLACH, *MüKo*, *cit.*, § 13-45, pág. 1862: la razón estriba en que, en estos casos, no puede hablarse de recomendación “para el tráfico jurídico”.

<sup>18</sup> Cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-121, pág. 997.

<sup>19</sup> De forma expresa, el art. 27.1.b) del Decreto-Ley portugués señala que la acción de abstención en la recomendación procede “contra quien, independientemente de su predisposición y utilización en concreto, las recomiende a terceros.”

En resumidas cuentas, sólo podrá ejercitarse la acción colectiva de retractación frente a una recomendación pública cuando se acredite la incidencia real de ésta en el tráfico, por su demostrada influencia sobre la conducta de alguno de los recomendados. Se trata, claro está, de una opción del legislador, pues su contraria –que se pueda reaccionar frente a la recomendación sin más– también se encontraría en sintonía con la finalidad que persigue la legislación en materia de condiciones generales de la contratación.

Esta opción legislativa tiene claras repercusiones prácticas: si la mera “utilización” puede probarse mediante simples formularios contractuales del predisponente (que son indicio más que suficiente de su predisposición al tráfico), la “utilización efectiva” sólo se puede probar mediante la aportación al juzgador de uno o varios contratos singulares ya celebrados por algún predisponente con algún adherente.

Esto nos sitúa ante una última duda: ¿es necesaria la existencia de una relación causal entre la actividad de recomendación por el demandado y la utilización efectiva por algún predisponente en alguna ocasión? La respuesta, claramente, ha de ser afirmativa y se deduce de cuanto llevamos dicho hasta ahora (que sólo se permite la reacción colectiva frente a recomendaciones susceptibles de incidir realmente sobre el tráfico jurídico). Sin embargo, nos puede situar ante complejas dificultades probatorias, que deberán ser resueltas, en la mayoría de los casos (sobre todo si no se interpone conjuntamente la acción de cesación frente al predisponente) mediante la técnica de las presunciones: v.g., identidad en los términos de la condición recomendada y de la utilizada; pertenencia del predisponente a la asociación del recomendante; proximidad en el tiempo entre la recomendación y la incorporación de la condición en cuestión al clausulado del predisponente...

### **III. LEGITIMADOS PASIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DECLARATIVA (APARTADO 3).**

A tenor del art. 12.4 de la Ley, la finalidad de la acción declarativa consiste en obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción en el Registro cuando ésta sea obligatoria. En consecuencia, nos dice el apartado 3 del art. 17 que la legitimación pasiva en esta acción colectiva corresponderá a “cualquier profesional que utilice las condiciones generales”.

Poco puede señalarse en relación con este precepto. Qué se entiende por profesional ya se deduce del art. 2.2, sin que, en este caso, la sustitución operada en Cortes del término “persona” por el de “profesional” haya tenido consecuencias relevantes. Para lo que se entienda por “utilizar las condiciones generales”, hemos de remitirnos a la noción expuesta al comentar el apartado 1 del presente precepto. En realidad, lo único que distingue a este apartado del primero es que en éste, por definición, no puede darse la exigencia de que las

condiciones generales se reputen nulas; al contrario, lo exigible será que una determinada cláusula, en la que concurren los requisitos del art. 1.1, no se presente ante el tráfico como condición general y que, en consecuencia, no esté inscrita como tal en el Registro en aquellos casos en que tal inscripción resulte obligatoria conforme al art. 11.2 *i.f.* de la Ley.

#### **IV. ACUMULACIÓN DE ACCIONES FRENTE A VARIOS DEMANDADOS (APARTADO 4).**

Resulta evidente que las acciones declarativa, de cesación y de retractación podrán ejercitarse de modo separado frente a quien, en cada caso concreto, aparezca como legitimado pasivo. Tratándose, además, de procesos tan especiales, ésta parece ser la regla general. No obstante, el apartado 4 del art. 17 permite el ejercicio conjunto, en un solo proceso, de acciones colectivas frente a diversos demandados. Se trata de una previsión que obedece, en buena medida, a las exigencias de transposición de la Directiva 93/13, cuyo art. 7.3 tiene un tenor literal muy parecido al del precepto que ahora nos ocupa<sup>20</sup>.

El art. 14.2 de la Ley, hoy derogado expresamente por la nueva LEC, se ocupaba de regular la acumulación de varias acciones por parte de un mismo o de varios actores frente a un único demandado; su papel, en la actualidad, debe entenderse diferido al art. 71.2 (varias acciones de un legitimado activo frente a un único demandado) y al 72 (acciones de varios legitimados activos frente a un único demandado), ambos de la LEC. El precepto que ahora nos ocupa aborda una hipótesis diferente: un solo actor que demanda a varios, dando así lugar a un litisconsorcio pasivo fundado en la conexión objetiva que existe entre las diversas acciones ejercitadas<sup>21</sup>. Son varias las cuestiones que deben resolverse al respecto.

##### **1. Sujetos que pueden ser demandados conjuntamente.**

Según el precepto, se puede demandar conjuntamente a varios profesionales del mismo sector económico o a sus asociaciones. El significado de la disyuntiva no está del todo claro:

1) Es obvio que puede demandarse simultáneamente a varios profesionales, lo que, como veremos, significa que podrán acumularse acciones de cesación entre sí, pero también con acciones de retractación, en la medida en que los profesionales hayan hecho recomendaciones.

---

<sup>20</sup> Establece el art. 7.3 de la Directiva que "Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares".

<sup>21</sup> De los supuestos en que varios demandantes ejerciten la acción colectiva frente al mismo demandado, pero a título sobrevenido o "por inserción" se ocupa, ya se ha visto, el último párrafo del art. 16.

2) También está claro que puede demandarse simultáneamente a varias asociaciones, con lo que sólo habrá acciones de retractación en el proceso, pues si las asociaciones fueran a su vez predisponentes y utilizaran condiciones generales, entonces, a los ojos de la Ley, tendrían la consideración de profesionales.

3) Pero el precepto no deja expresamente resuelto si es posible demandar conjuntamente a uno o varios profesionales y a una o varias asociaciones. A nuestro juicio, debe imponerse la respuesta afirmativa, si atendemos a la configuración de la acción de retractación. En efecto, ya se ha dicho antes que sólo es posible ejercitarla en los casos en que se acredite la incidencia real de la recomendación en el tráfico, mediante la efectiva utilización de las condiciones por algún predisponente en alguna ocasión. Por tanto, toda acción de retractación presupone la existencia de un profesional que ha utilizado la misma condición objeto de recomendación. Pues bien, elementales razones de coherencia y lógica deben permitir que se acumule en un solo proceso la acción de cesación contra el profesional y la de retractación contra la asociación a la que pertenece y que le recomendó la utilización de la cláusula en cuestión (sin que el carácter heterogéneo de las acciones ejercitadas conjuntamente deba chocarnos, pues esta acumulación de acciones de cesación y retractación también es posible si se demanda a varios profesionales, como ya se ha dicho anteriormente). Abierto el portillo de esta forma, resulta indudable la posibilidad de demandar conjuntamente a profesionales y asociaciones.

## ***2. Acciones que pueden acumularse.***

De lo que acabamos de decir se deduce que nada impide una acumulación de acciones de cesación, de retractación o de ambos tipos de acciones entre sí. Lo que no es posible, al menos si se atiende al tenor literal del precepto, es la acumulación de acciones declarativas, ni entre sí, ni con las de cesación o retractación:

a) La imposible acumulación de la acción declarativa con las otras colectivas resulta a todas luces evidente, dada la radical divergencia que existe en su fundamento y finalidad.

b) Y la imposible acumulación de diversas acciones declarativas frente a varios profesionales parece tener una base sólida en las propios términos con que se expresa el propio art. 17.4, cuyo último inciso exige que las condiciones generales "se consideren nulas", nulidad de las cláusulas que impide por definición la procedencia de la acción declarativa. A nuestro juicio sería de lamentar que no pudieran acumularse diversas acciones declarativas frente a diversos profesionales del mismo sector que utilicen cláusulas idénticas, y que no las presenten en el tráfico como condiciones generales, aun siéndolo: al fin y al cabo, la conexión entre las diversas acciones existe, se atenderían razones de economía procesal y se evitarían pronunciamientos que, sin ser contradictorios,

podrían al menos resultar dispares y perturbadores<sup>22</sup>. Creemos, además, que existe fundamento suficiente para proponer una interpretación correctora por parte de los Tribunales: y es que el primer inciso del apartado 4 del art. 17 hace referencia, sin ulteriores distinciones, al ejercicio conjunto de “las acciones mencionadas en los apartados anteriores”, entre las que se incluyen las acciones declarativas. Debe entenderse, por tanto, que el inciso final (“que se consideren nulas”), obedece a un error del legislador que, de modo inconsciente, sólo parece tener en mente a las acciones de cesación y de retractación cuando regula las colectivas; y, como tal error, debe ser superado, permitiéndose la acumulación en un solo proceso de acciones declarativas frente a diversos predisponentes.

### **3. Presupuestos de esta acumulación.**

De forma general, los requisitos para que resulte admisible una acumulación de acciones en un proceso civil se hacen derivar de los arts. 71 a 73 de la LEC, y serían los cuatro siguientes<sup>23</sup>:

1) Que las acciones acumuladas sean compatibles (art. 71.2 y 3); en caso de que no lo sean, será preciso que se acumulen eventualmente (art. 71.4).

2) Que el tribunal tenga jurisdicción y competencia objetiva (tanto por razón de la materia como por razón de la cuantía) para conocer de las diversas acciones acumuladas (art. 73.1.1º).

3) Que las diversas acciones no hayan de ejercitarse, por razón de su materia, en procesos de diferente naturaleza o tipo (art. 73.1.2º).

4) Que exista entre las diversas acciones un nexo por razón del título o causa de pedir (y se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos): art. 72, aplicable únicamente cuando se trata de acumular las acciones de uno contra varios o de varios contra uno (que es precisamente lo que ahora nos interesa).

En el supuesto que ahora nos ocupa, los tres primeros no plantean especialidades, visto que:

1) Las acciones que pueden ejercitarse son siempre *compatibles* –dado que expresamente parece descartar la Ley la acumulación de las acciones de cesación o retractación con la declarativa–.

---

<sup>22</sup> Sobre el fundamento de la acumulación de acciones, cfr. Díez-Picazo Giménez, I., “La acumulación de acciones en el proceso civil”, *Tribunales de Justicia*, 2/1997, págs. 141 y sigs., esp. págs. 141-142; también Fons Rodríguez, *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 109-127.

<sup>23</sup> De modo general, aunque referidos al régimen establecido por los arts. 153 y sigs. de la LEC anterior –aunque las variaciones en este punto son pequeñas– cfr. Díez-Picazo Giménez, “La acumulación de acciones en el proceso civil”, *cit.*, págs. 147-152; Fons Rodríguez, *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, *cit.*, págs. 129-190.

2) Tampoco se puede ver afectada la *competencia objetiva* por el recurso a esta acumulación, pues a tenor de los arts. 45 y 249.1.5º de la LEC corresponde siempre a los Juzgados de Primera Instancia. En cuanto a la *competencia territorial*, sí que puede resultar alterada por la acumulación, en la medida en que se atraiga a un mismo proceso a profesionales y asociaciones que, en abstracto, deberían ser demandados ante Juzgados de partidos diferentes (en aplicación del fuero previsto por el art. 52.1.14º LEC). En concreto, el art. 53.1 establece que será competente el Juez del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquél que deba conocer del mayor número de acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente<sup>24</sup>.

¿Son trasladables estos criterios a los casos que nos ocupan? Evidentemente, no lo es el del carácter “principal” de la acción, por cuanto es idéntica la cláusula y el mismo el sector; tampoco resulta fácil acudir a la importancia económica o cuantitativa (salvo que se acudiera a parámetros de “volumen de mercado” de cada uno de los predisponentes, o “número de potenciales destinatarios” de la cláusula, de difícil prueba y concreción, y de dudosa justificación). Sí que puede resultar aplicable, en cambio, el criterio del Juez competente para conocer del mayor número de acciones; y, por qué no, se podrían proponer otros: así, en caso de que los diversos demandados tengan ámbitos de implantación territorial mayores o menores, debería quizá beneficiarse a aquél de ámbito inferior<sup>25</sup>. En cualquier caso, de no resultar aplicable ninguno de los criterios del art. 53.1, sería de plena aplicación el art. 53.2: “Cuando hubiere varios demandados y, conforme a las reglas establecidas en este artículo y en los anteriores, pudiera corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante”<sup>26</sup>; no obstante, no resultaría imprudente imponer alguna limitación al empleo de esta regla: v.g., respetar la prioridad del fuero del establecimiento sobre la del domicilio<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Durante la vigencia de la anterior LEC, que nada decía al respecto, se acuñaron reglas análogas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, Tomo I, *cit.*, pág. 437; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “La acumulación de acciones en el proceso civil”, *cit.*, pág. 150; FONS RODRÍGUEZ, *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, *cit.*, págs. 168-177.

<sup>25</sup> Téngase en cuenta que la alteración en el fuero acaba perjudicando siempre a alguno de los demandados; y parece más lógico y razonable exigir que la demanda se interponga en el “lugar común” de los diversos demandados.

<sup>26</sup> Criterio éste que ya fue propuesto hace tiempo por GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1948, Tomo I, pág. 521.

<sup>27</sup> Es decir, el actor no debería poder elegir entre el tribunal del lugar donde tenga su establecimiento el demandado A y aquél donde tenga su domicilio el demandado B (por no tener B establecimiento en España) ni, menos aún, aquél donde se hubiera celebrado la adhesión con el demandado C (que no tiene ni establecimiento ni domicilio en España), y debería acudir al tribunal del lugar donde tiene A su establecimiento: sólo así se respetaría la prevalencia de los fueros establecida deliberadamente por el art. 52.1.14 LEC.

Se trata, en cualquier caso, de fueros improrrogables, como señala el art. 54.1 LEC. Ahora bien, este carácter improrrogable no es, a nuestro juicio, un óbice para la acumulación –que, de lo contrario, sólo sería posible en aquellos casos en que coincidieran los fueros de los diversos demandados–: y es que nada dice la LEC al respecto ni en sede de competencia territorial ni en sede de acumulación; por el contrario, sí que se regula expresamente el fuero en caso de acumulación inicial de acciones sin hacer salvedad alguna que afecte a las competencias improrrogables. En definitiva, la voluntad expresa del legislador, que tampoco hace ni mención ni distingo alguno en el art. 17.4 LCGC es, a nuestro juicio, fundamento suficiente para entender que prefiere la tramitación simultánea antes que el respeto a ultranza de los fueros de competencia territorial improrrogable.

3) Lo mismo sucede con la *naturaleza o tipología de los juicios*, pues serán siempre procesos con las mismas especialidades, aunque se ejercitaran simultáneamente acciones de cesación y de retractación.

4) Sin embargo, en cuanto al requisito de la conexión por razón del título o causa de pedir (art. 72 LEC), cabe entenderlo sustituido por aquello que exige de forma expresa el art. 17.4 LCGC, a saber, que la cláusula sea “idéntica” y que los demandados pertenezcan al mismo sector económico. En concreto:

a) Si se demanda conjuntamente a varios profesionales, dice la Ley que han de *pertenecer al mismo sector económico*. La de “sector económico” es una noción de difícil precisión, pues no nos hallamos ante un concepto jurídico, sino económico, que ni siquiera es pacífico en su ámbito científico propio. No obstante, y *a estos efectos*, nos parece que por “sector económico” debe entenderse la misma parcela de la vida económica –del tráfico jurídico-económico– entendida en sentido amplio, es decir, como todo sector de las relaciones sociales en el que es concebible la contratación en masa apoyada en condiciones generales. Desde otro ángulo, también puede entenderse por “mismo sector económico” aquel ámbito en que el contenido y significado económico de la cláusula general no varía de un predisponente a otro. En cualquier caso, ¿es exigible la pertenencia al mismo sector económico también cuando se trata de asociaciones? Si se pretende demandar conjuntamente a un profesional y una asociación, la respuesta será afirmativa, pues ha de tratarse, según la Ley, de *sus* asociaciones: y por *sus* asociaciones hemos de entender aquellas en las que se integran los profesionales en cuestión o, al menos, aquellas encargadas de velar por los intereses de los profesionales que desempeñan su actividad económica en ese determinado sector (aunque no sea necesariamente el único). Por ende, si se demanda conjuntamente a varias asociaciones (pero no a un profesional con ellas), también debe entenderse que todas las demandadas han de tener encomendada la promoción de los intereses profesionales en el mismo ámbito o sector económico en que han de ser eficaces las condiciones generales impugnadas y recomendadas por ellas, sea o no ése el único sector en que desarrollen algún tipo de actividad. La exigencia de que se trate del mismo sector económico tiene, por tanto, carácter general, y viene a significar que, sea o no de

forma exclusiva, los diversos demandados conjuntamente desarrollen su actividad profesional o asociativa-organizativa en relación con una parcela de la vida económico-contractual, aquélla para la que están predispuestas las condiciones generales objeto del proceso<sup>28</sup>. Se trata, por lo demás, de una exigencia absolutamente razonable, pues aunque la cláusula sea idéntica, su significado económico puede ser bien distinto según el sector en que nos hallemos, hasta el extremo de que pueda ser válida o nula según el ámbito.

b) Además, se exige que *las condiciones sean “idénticas”*. Cuando el precepto utiliza el término “idénticas”, no queda más alternativa que entender que se está refiriendo a una “identidad sustancial” de las cláusulas, sin que pueda exigirse también que las cláusulas utilizadas y/o recomendadas por los diversos demandados (sean profesionales o recomendantes) tengan todas un tenor literal idéntico<sup>29</sup>. Así conduce a pensarlo también el art. 7.3 de la Directiva 93/13 –de la que, recuérdese, es en parte trasposición la presente Ley–, que en este punto establece el mandato a los Estados de prever la acumulación cuando se esté en presencia de las mismas o de cláusulas “similares”<sup>30</sup>. Puede decirse así que las cláusulas son idénticas cuando es idéntico su contenido y su ámbito de aplicación, cuando el juego entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica previstos por las cláusulas coincidan. De otro modo explicado: si la cláusula utilizada por el predisponente A se trasparara al condicionado del predisponente B, y la utilizada por B al de A, sin que el resultado económico quedara alterado para ninguno de ellos, puede decirse que son idénticas. Por otra parte, cabe precisar que cuando se demanda conjuntamente a un profesional (cesación) y a su asociación que le ha recomendado la utilización de una cláusula nula, no estamos en puridad ante cláusulas idénticas, sino ante *la misma* cláusula.

---

<sup>28</sup> La exigencia de que se trate de *sus* asociaciones, por tanto, no puede interpretarse de forma estricta, entendiéndose que sólo puede demandarse conjuntamente a un profesional y a una asociación cuando el profesional sea miembro de ésta (que sería *su* asociación); y es que esta explicación no es satisfactoria, por cuanto la Ley no excluye que todos los demandados conjuntos sean asociaciones, en cuyo caso no habría profesional alguno de relevancia para el proceso que tuviera que ser miembro de ella. Por eso, es mucho más razonable sostener una interpretación más amplia y entender por *sus* asociaciones, sencillamente, asociaciones de profesionales cuya actividad, total o parcialmente, se centre en el sector económico en cuestión.

<sup>29</sup> Por supuesto, qué duda cabe de que la identidad en el tenor literal de las cláusulas aporta un mayor grado de seguridad jurídica, pues podrá saberse *ab initio* y sin más comprobaciones si se da o no este presupuesto de la acumulación; pero no es en absoluto imprescindible, a pesar de lo que pudiera inferirse de una interpretación restrictiva del significado del término “idénticas”. En sentido contrario, BARRÓN DE BENITO parece entender la identidad de forma estricta, y denuncia la disconformidad con lo establecido en la Directiva (*Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, cit.*, págs. 69-70).

<sup>30</sup> Para una trasposición más correcta del precepto, véase la operada por el legislador portugués en el art. 27.2 del Decreto-Ley 446/85, que permite demandar conjuntamente a aquellas entidades que utilicen o recomienden *las mismas* cláusulas contractuales generales, o *cláusulas sustancialmente idénticas*.

En cualquier caso, parece que el que “exista un nexo por razón del título o causa de pedir” del art. 72 I LEC se concreta –en ocasiones, se amplía–, a través del art. 17.4 LCGC, en la exigencia de hallarse ante cláusulas de redacción idéntica recomendadas o utilizadas en un mismo sector de la actividad económica. En otros términos, hay conexión suficiente entre las diversas acciones, aunque los demandados sean distintos, por el simple hecho de que el demandante es el mismo y se trata de impugnar (*lato sensu*) una serie de condiciones que son idénticas y que se emplean en un determinado sector económico.

En realidad, una simple remisión en este punto a las reglas generales sobre acumulación de acciones de la LEC habría dificultado bastante, al menos en algunos supuestos, la posibilidad de demandar conjuntamente a varios predisponentes y/o a sus asociaciones. Y es que:

a) La utilización simultánea de una cláusula idéntica en un mismo sector económico no constituye, en puridad, una identidad de causa de pedir: al contrario, aunque la cláusula sea idéntica, su utilización por cada uno de los predisponentes integra un supuesto fáctico diferente, incluso si el motivo de nulidad concurrente en ambos supuestos es el mismo (y el art. 72 II LEC señala, como ya se vio, que el título o la causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden *en los mismos hechos*). Se trata, en realidad, de supuestos en que existe entre las diversas acciones acumuladas una conexión impropia, pues los supuestos de hecho son homogéneos, pero no idénticos<sup>31</sup>; y no resulta del todo claro –ni pacífico en doctrina o jurisprudencia– que los supuestos de conexión impropia, *de lege lata*, puedan fundar siempre y en todo caso una acumulación de acciones en el proceso civil<sup>32</sup>. El escollo ni siquiera podría salvarse considerando que el art. 72 LEC habla de “título” y de “causa de pedir” como cosas distintas<sup>33</sup>, y entendiendo que con el título se refiere simplemente al

---

<sup>31</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “La acumulación de acciones en el proceso civil”, *cit.*, págs. 152-153.

<sup>32</sup> Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ (con CAVANILLAS MÚGICA), *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 171-172.

<sup>33</sup> Extremo éste que no resultaba en absoluto pacífico para la doctrina que interpretaba el art. 156 de la LEC anterior, que también se refería de manera aparentemente indistinta al “título” y a la “causa de pedir”: así, para GUASP el art. 156 LEC se está refiriendo a lo mismo cuando habla de “título” y de “causa de pedir”: a esta segunda (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *cit.*, págs. 514-515); igualmente, TAPIA FERNÁNDEZ no parece hacer distinciones entre uno y otro término (*La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, *cit.*, págs. 170-171. No obstante, sí que los considera distintos un importante sector de la doctrina: cfr., por todos, FONS RODRÍGUEZ, *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, *cit.*, págs. 40-42 (también la jurisprudencia que cita en la nota 73, en la que se recogen varias sentencias en que nuestros Tribunales han optado por un criterio flexible a la hora de admitir la acumulación subjetiva de acciones).

negocio jurídico<sup>34</sup>: porque la utilización simultánea en el mismo sector de cláusulas idénticas tampoco conduce a una “identidad de negocio jurídico” que pudiera fundar la acumulación; pensamos, no obstante, que se trataría de una interpretación difícil, que tampoco goza de unanimidad doctrinal.

b) Tampoco podría decirse que se da identidad de título o de causa de pedir –y aquí sí que no puede haber dudas– en aquellos casos en que se acumulan acciones de cesación y de retractación: porque “utilizar” y “recomendar” cláusulas nulas son, desde cualquier ángulos, hechos totalmente diversos.

Por ello, puede decirse que el art. 17.4 LCGC constituye una ampliación al régimen general de la acumulación de acciones y, en esa medida, una norma imprescindible para alcanzar la meta perseguida por la Ley.

#### **4. Supuestos especiales.**

De cuanto llevamos dicho hasta este momento se deduce que se puede demandar conjuntamente a varios profesionales o a sus asociaciones cuando utilicen o recomienden todos ellos una cláusula idéntica, o *varias* también idénticas, siempre que *todos* los demandados utilicen o recomienden *todas* las cláusulas impugnadas.

Lo que debemos preguntarnos ahora es si también es posible, al amparo del art. 17.4, demandar conjuntamente a varios cuando no todos utilizan o recomiendan todas las cláusulas impugnadas, aunque sí alguna o algunas. Pongamos un ejemplo: frente al profesional A se quiere obtener la cesación en la utilización de tres cláusulas: una de exoneración de responsabilidad, otra de inversión de la carga de la prueba y otra de sumisión a arbitraje; y frente al profesional B, se pretende la cesación en la utilización de dos cláusulas: una de exoneración de responsabilidad (sustancialmente idéntica a la utilizada por A) y otra de reserva de facultades de interpretación del contrato. Suponiendo que A y B pertenezcan al mismo sector, lo que nos interesa determinar es si en un solo proceso se pueden solicitar todas las cesaciones descritas. Aunque pueda resultar extraño, a nuestro juicio la respuesta ha de ser afirmativa, ante la amplitud de los términos en que está redactado el apartado 4 del art. 17, que se refiere a “condiciones generales idénticas”, en plural y de forma genérica. Más aún, si ya se permite acumular en un mismo proceso acciones diferentes (la de cesación y la de retractación) contra más de una cláusula, ¿por qué no admitir también que no todas las cláusulas deban ser utilizadas o recomendadas por todos los demandados? Al fin y al cabo, se atiende de forma eficaz a la economía procesal, sin que pueda decirse que la pluralidad de cláusulas complique de forma intolerable la sustanciación del proceso o la decisión en cuanto al fondo (pues el examen sobre todas las cláusulas impugnadas también se daría si todos los

---

<sup>34</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS (con MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER), *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso Civil*, 1º, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 112 (aunque referido al art. 156 de la anterior LEC).

demandados las utilizaran o recomendaran). Es suficiente, por tanto, para que proceda la acumulación de acciones prevista por el art. 17.4, que todos los demandados pertenezcan al mismo sector económico y que todos ellos utilicen o recomienden al menos una cláusula idéntica de entre las varias que se pretenda impugnar.

### ***5. Momento en que puede producirse la acumulación.***

La respuesta, en el plano general, nos la brinda el art. 401 LEC, que permite la ampliación de la demanda, y con ella la acumulación sobrevenida de acciones, hasta que el demandado inicial conteste a la demanda. La duda estriba en saber si este precepto es aplicable a los casos que ahora nos ocupan. En la medida en que estos procesos se insertan en el marco general procesal civil existente (de ahí la remisión del art. 249.1.5º LEC a los cauces del juicio ordinario), parece lógico que lo que no esté expresamente regulado de forma diferente se rija por las previsiones generales de la LEC y de la LOPJ. Pues bien, dado que nada diferente se dice sobre esta cuestión en la LCGC (a diferencia de lo que sucede, como se acaba de ver, con parte de los requisitos de la acumulación), deben aplicarse las reglas generales; así, lo normal será que la demanda en sí se dirija simultáneamente frente a los varios demandados; pero tampoco debe haber obstáculo en permitir una ampliación de la demanda para incluir en ella a nuevos demandados, siempre que se den los requisitos antes establecidos, ampliación que será posible hasta que el o los demandados iniciales contesten.

¿Regula también el art. 17.4 los presupuestos para una posible acumulación de procesos –o de autos, según la terminología forense acuñada durante la vigencia de la anterior LEC–? Es decir, ¿pueden reunirse dos procesos entablados separadamente frente a profesionales o asociaciones del mismo sector que utilicen o recomienden condiciones generales idénticas? Muy probablemente, sí. Al menos, a esta respuesta conducen varios indicios: de un lado, el propio tenor literal del art. 17.4, muy amplio, que habla de “dirigir las acciones conjuntamente contra varios”, pero no hace referencia a que haya de hacerse inicialmente en una sola y única demanda; y, de otro, el espíritu de la Ley en sí, que parece preferir la acumulación a la dispersión de procesos, como pone de relieve su Exposición de Motivos en el apartado III: “... el Registro de Condiciones Generales va a posibilitar el ejercicio de las acciones colectivas y a *coordinar la actuación judicial*, permitiendo que ésta sea uniforme y *no se produzca una multiplicidad de procesos sobre la misma materia descoordinados y sin posibilidad de acumulación*”.

Es cierto, no obstante, que según las reglas ordinarias de la LEC, no en todos los casos en que habría procedido una acumulación inicial de acciones se admite *a posteriori* la acumulación de autos (compárense los arts. 71 a 73 –acumulación de acciones– y 76 a 78 –acumulación de autos–). En concreto, si nos fijamos, no es posible la acumulación de autos cuando se trata de varias

acciones que el mismo actor ejercita frente al mismo demandado (supuestos en que sólo se da una conexión subjetiva, suficiente para acumular acciones en la misma demanda, pero insuficiente para lograr la acumulación de autos). Ahora bien, el art. 76.2º LEC establece que procederá la acumulación de los procesos cuando exista una conexión entre las acciones ejercitadas separadamente que funda el riesgo de que pudieran dictarse sentencias “con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes”. Resulta a nuestro entender muy discutible que sentencias que, respecto de varios demandados, se pronuncien en sentido diverso sobre cláusulas idénticas en el mismo sector hayan de considerarse en rigor y en todo caso como contradictorias (desde luego, lo que no serían es incompatibles o mutuamente excluyentes, en la medida en que los demandados son diversos). De entenderse así, resultaría improcedente la acumulación de autos. No obstante, puede entenderse que, cuando se trata de acciones colectivas en materia de condiciones generales, la conexión de objetos se produce *in genere* en cuanto concurren identidad de cláusulas y de sector económico; y esta conexión debe entenderse existente y vinculante para los tribunales no sólo a los efectos de una acumulación inicial o por ampliación de demanda, sino también a los efectos de una acumulación por reunión, es decir, como consecuencia de la acumulación de procesos. Le quedaría, sin embargo, otro escollo a la acumulación de procesos: la prohibición de acordarla cuando la competencia territorial del tribunal que conozca del proceso más moderno tenga en la Ley carácter inderogable para las partes (art. 77.3 LEC), que es precisamente lo que sucede respecto de estas acciones; se trata, ahora sí, de un límite que nos parece insalvable.

En definitiva, el art. 17.4 LCGC sienta las bases para la acumulación inicial de acciones en una sola demanda, para la ampliación de demanda y para la reunión de procesos dispersos a través de la acumulación de autos (en este último supuesto, siempre que no se altere la competencia territorial). Son éstos, por tanto, los tres momentos en que es posible hacer valer lo previsto en el precepto.

## **6. Síntesis.**

A modo de síntesis, el cuadro resultante de posibles acumulaciones permitidas por el art. 17.4 LCGC sería el siguiente:

1.- Se puede acumular la acción declarativa frente a varios profesionales del mismo sector económico que utilicen una cláusula idéntica y que, a juicio del demandante, tenga la naturaleza de una condición general.

2.- Se puede acumular la acción de cesación frente a varios profesionales que utilicen una cláusula idéntica en el mismo sector económico.

3.- Se puede acumular la acción de cesación frente a uno o varios predisponentes y frente a otro u otros predisponentes la acción de cesación y la de retractación (si además de utilizar, han recomendado). En tal caso, se ventilarían simultáneamente acciones de cesación (frente a aquéllos de entre los

demandados que hayan utilizado la cláusula impugnada) y de retractación (frente a aquellos de los demandados que la hayan recomendado).

4.- Se puede acumular la acción de cesación frente a uno o varios profesionales y la de retractación frente a su asociación (*rectius*, frente a la asociación recomendante de la cláusula utilizada, sean o no miembros de ella los profesionales demandados).

5.- Se pueden acumular las acciones de cesación y retractación frente a uno o varios profesionales y la de retractación frente a su asociación.

6.- Se puede acumular la acción de cesación contra diversos profesionales y la de retractación frente a sus asociaciones respectivas (es decir, varios profesionales y varias asociaciones, siempre que se den los nexos necesarios: mismo sector económico y cláusulas idénticas).

### **7. Régimen del proceso con pluralidad de demandados.**

Pasando a otro orden de cosas, cabe preguntarse por el régimen del proceso cuando en él son varios los demandados, es decir, sobre la incidencia en las actuaciones de la existencia de una pluralidad de personas en la posición pasiva.

En principio, se trata de un supuesto en que la interposición de la demanda frente a varios obedece pura y simplemente a la voluntad del actor (el art. 17.4 dice “podrán”), pues ni la ley exige que se demande a varios (en cuyo caso estaríamos ante un litisconsorcio pasivo necesario), ni tampoco la necesaria presencia de todos los posibles utilizadores y/o recomendantes en un mismo sector de la misma cláusula condiciona el que pueda dictarse sentencia estimatoria en el asunto (en cuyo caso se trataría de un litisconsorcio pasivo necesario impropio).

Lo cierto es que, aun siendo conexas las diversas acciones acumuladas, cada una de ellas es independiente de las otras, y no puede sostenerse que el pronunciamiento que se dicte sea inescindible. Debe entenderse así que nos encontramos ante un supuesto ordinario de litisconsorcio pasivo voluntario, en el que existen tantas acciones como demandados<sup>35</sup>, y en el que éstos gozan de un poder de disposición sobre la acción frente a ellos ejercitada<sup>36</sup>. En consecuencia, los actos realizados por cada uno de los litisconsortes, así favorables como

---

<sup>35</sup> A diferencia de los supuestos en que el litisconsorcio pasivo es necesario, donde en realidad existe una única acción, que sólo puede ejercitarse eficazmente frente a varios, y donde, en consecuencia, lo que se produce es una legitimación pasiva plural (cfr. MONTERO AROCA, “Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes”, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 215 y sigs.).

<sup>36</sup> Recuérdese que, tratándose de acciones colectivas, el poder de disposición sobre la acción sólo se le puede reconocer al demandado, pero nunca al demandante.

perjudiciales, sólo a él le afectan<sup>37</sup>. Es así posible que alguno de los demandados se allane eficazmente a la demanda, y que el proceso deba seguir respecto de los otros (que podrán ser condenados o absueltos). Asimismo, condenados todos, es posible que sólo alguno de ellos recurra: la sentencia condenatoria, entonces, devendrá firme para quienes se aquietaron, con total independencia de que los que recurrieron resulten finalmente absueltos. Es cierto que estos casos serán ciertamente extraños y poco deseables, pero:

1) Es un fenómeno común a todos aquellos casos en que el litisconsorcio pasivo es voluntario, y puede darse en procesos que podríamos calificar de más "ordinarios", "frecuentes", o "típicos" (v.g., si el actor demanda conjuntamente a varios deudores mancomunados).

2) Es una consecuencia inevitable del hecho de que se ejerciten en un mismo proceso varias acciones y cada uno de los demandados tenga poder de disposición sobre la acción frente a él interpuesta.

3) Nada obliga a que el resultado del proceso haya de ser el mismo para todos los demandados, aunque las cláusulas sean idénticas y aquéllos pertenezcan al mismo sector. De lo contrario, la estimación de una de las acciones prejuzgaría la estimación de las demás, con evidente infracción de los derechos de defensa consagrados en el art. 24 CE. La única vinculación existente, por ello, es fáctica, no jurídica (así, v.g., resulta evidente que el allanamiento de uno de los codemandados, en determinadas circunstancias, puede constituir un claro indicio de la nulidad de la cláusula).

4) En realidad, aunque contuvieran pronunciamientos opuestos, motivados por allanamientos o renunciaciones al recurso, las sentencias que se dictaran no serían realmente contradictorias, pues cada una de ellas podría desplegar sus efectos con total independencia de las demás; serían, a lo sumo, sentencias "diferentes", cuya existencia simultánea puede ser perfectamente asumida por nuestro Ordenamiento.

## **8. Tratamiento procesal de la acumulación de acciones.**

La regulación expresa del tratamiento procesal de los requisitos de la acumulación de acciones constituye, sin duda, la principal novedad introducida en esta materia por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la cuestión se hallaba huérfana de tratamiento en la anterior LEC. Dado que la LCGC nada especial dice al respecto, hay que considerar aplicables las normas generales a la hora de definir el régimen de control de los presupuestos que fundan que sea o no correcta la acumulación de acciones prevista por el art. 17.4 de aquel texto legal. Según la LEC, es posible un doble control: de oficio, por el tribunal, y a instancia de parte, a cargo del demandado.

---

<sup>37</sup> Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, Tomo I, *cit.*, pág. 557.

**a)** En primer lugar, establece de manera expresa el art. 73.4 LEC que “Si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, se requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que se subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible. Transcurrido el término sin que se produzca la subsanación, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones que se pretendieran mantener por el actor, se acordará el archivo de la demanda sin más trámites”. Se establece, por tanto, un control de oficio y *a limine* de la concurrencia de los presupuestos que condicionan la admisibilidad de la acumulación de autos: así, el Juez, recibida la demanda, podrá comprobar si realmente la cláusula utilizada y/o recomendada por los diversos demandados es o no idéntica y también si se trata de profesionales y/o asociaciones del mismo sector económico<sup>38</sup>. En caso de no ser así, el proceso está viciado, y lo más adecuado será, como establece la Ley, acudir a la técnica de la subsanación (en consonancia con el art. 11.3 LOPJ, *a contrario sensu*<sup>39</sup>) que consiste, como se ha visto, en conceder al demandante un plazo prudencial para que “desacumule” las acciones indebidamente agrupadas, es decir, para que indique cuál pretende mantener en el proceso ya incoado<sup>40</sup>, bajo amenaza –si no lo hace– de rechazar la admisión a trámite de la demanda en su integridad<sup>41</sup>, porque a los ojos del Ordenamiento no es admisible una demanda conjunta frente a esos demandados si no se dan los presupuestos del art. 17.4 LCGC.

**b)** Aunque el órgano jurisdiccional haya admitido a trámite la demanda en que se ejercitan varias acciones indebidamente acumuladas, podrá el demandado denunciar el vicio en la contestación a la demanda, tal y como señala expresamente el art. 405.1 LEC: “Si considerase inadmisibile la acumulación de acciones, lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidad”. La

---

<sup>38</sup> La posibilidad de este análisis de oficio será de hecho más fácil en aquellos casos en que la acumulación se deba a una ampliación de la demanda, pues se puede analizar por separado el escrito de ampliación y comprobar si las nuevas acciones que pretenden ejercitarse cumplen los requisitos legales del art. 17.4 LCGC.

<sup>39</sup> “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanase por el procedimiento establecido en las leyes”.

<sup>40</sup> Para las demás acciones, aquéllas que el actor deja fuera del proceso, no le quedará más alternativa que interponer nuevas demandas.

<sup>41</sup> En este punto, por tanto, la nueva LEC acoge soluciones que ya existían para el proceso laboral y para el contencioso-administrativo: para el laboral, el art. 28.1 LPL: “Si se ejercitaran acciones indebidamente acumuladas, el Juez o Tribunal requerirá al demandante para que, en el plazo de cuatro días subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener. En caso de que no lo hiciera, se acordará el archivo de la demanda, notificándose la resolución”; y para el proceso contencioso-administrativo, el art. 35.2 de la nueva LJCA (trasunto del art. 45.2 de la anterior), nos dice que “si el órgano jurisdiccional no estimare pertinente la acumulación, ordenará a la parte que interponga por separado los recursos en el plazo de treinta días y, si no lo efectuare, se tendrá por caducado aquel recurso respecto del cual no se hubiere dado cumplimiento a lo ordenado”.

cuestión será estudiada y resuelta en la audiencia previa al juicio, siguiendo lo establecido en el art. 419: “si en la demanda se hubiesen acumulado diversas acciones y el demandado en su contestación se hubiera opuesto motivadamente a esa acumulación, el tribunal, oyendo previamente al actor en la misma audiencia, resolverá oralmente sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación. La audiencia y el proceso seguirán su curso respecto de la acción o acciones que, según la resolución judicial, puedan constituir el objeto del proceso”<sup>42</sup>. Son varias las precisiones que, a nuestro juicio, requiere la norma:

1) En primer lugar, aunque la LEC hable de “demandado” en singular, en los supuestos que ahora nos ocupan resulta evidente que podrá tratarse de cualquiera de los varios demandados; más aún, la denuncia de lo indebido de la acumulación puede resultar una técnica defensiva bastante útil para aquéllos que se estimen incorrectamente llevados al proceso. El problema, claro está, radica en saber cuál de ellos es aquél “que no debía estar”...

2) En relación con lo anterior, debe resaltarse la dificultad para el tribunal de saber cuál es la acción –o acciones– indebidamente acumulada. Y es que para poder llevar a cabo esta tarea es preciso que el Juez tenga elementos de juicio suficientes para determinar cuál o cuáles son las acciones indebidamente acumuladas, y a menudo no habrá más elemento de juicio que la simple manifestación de voluntad del actor eligiendo respecto de cuál ha de continuar el proceso. Dado que, tratándose de acciones colectivas, el nexo que determina la acumulabilidad lo integran la pertenencia de los demandados al mismo sector económico y la identidad sustancial de las cláusulas impugnadas, y aunque la solución se encontrará inevitablemente unida a las circunstancias de cada caso concreto, puede sin embargo pensarse en algunos criterios distintivos:

— así, si de entre los varios demandados, sólo uno –o una minoría– no pertenece al mismo sector económico, la acción que se dirija frente a ése o éstos es la que debería ser excluida (primacía, por tanto, del mayor número de demandados en el mismo sector);

— o, si hay varias cláusulas no idénticas, la acción o acciones frente a aquél o aquéllos que utilicen las cláusulas cuyo significado económico no coincida con el de la mayoría (es decir, primacía del mayor número de cláusulas idénticas);

---

<sup>42</sup> Bajo la vigencia de la anterior LEC, el tratamiento procesal de la indebida acumulación de acciones se encontraba ayuno de regulación legal. Sin embargo, tanto desde la doctrina como desde ciertos sectores de la jurisprudencia se llegó a una serie de criterios, que enunciamos de forma resumida –por cuanto resultarán de aplicación a aquellos procesos que se rijan aún por la legislación anterior–: a) ha de caber la apreciación de oficio y el consiguiente recurso a la técnica de la subsanación (al amparo del art. 11.3 LOPJ); b) el demandado puede poner el vicio de relieve en la contestación a la demanda, vicio que habría de ser resuelto –atendiendo a criterios de subsanabilidad– en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía (arts. 693. 3º y 4º de la anterior LEC); c) la apreciación del defecto al término del proceso conduce a una absolución en la instancia respecto de las acciones indebidamente acumuladas: por todos, cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “La acumulación de acciones en el proceso civil”, *cit.*, págs. 154 y sigs.

— si la acumulación se ha producido por ampliación de demanda, entonces se puede entender con mayor razón que las acciones objeto de la ampliación son las indebidamente acumuladas.

Aunque se admitieran estas propuestas, no puede negarse que habrá supuestos imposibles de resolver sin la manifestación de voluntad del actor: así, cuando sean sólo dos los demandados, y se aprecie su pertenencia a sectores distintos, o la no identidad de la cláusula, ¿cómo saber cuál es la acción que debe mantenerse? Ante hipótesis como ésta, en que el Juez no puede encontrar criterio alguno, si el demandante en la audiencia se limita a insistir en la licitud de su acumulación y/o no exterioriza preferencia alguna, no le quedará más remedio – si está convencido de que la acumulación no procede– que decretar el sobreseimiento total del proceso.

3) Evidentemente, la decisión del Juez mandando proceder a la subsanación estará condicionada por el hecho de que realmente las cláusulas no sean sustancialmente idénticas, o por el hecho de que los varios demandados no formen parte del mismo sector económico. A tal fin, y teniendo en cuenta el momento procesal en que nos encontramos (aún en fase de alegaciones), deberá procederse por las partes a efectuar los *acreditamientos* pertinentes; no se trata, por tanto, de formar la convicción definitiva del juzgador al respecto mediante una prueba plena de tales extremos, sino de aportarle un *principio de prueba* (normalmente por escrito) del que se derive al menos una apariencia fundada acerca de la concurrencia o ausencia de los presupuestos de la acumulación de acciones. Precisamente por ello, puesta de relieve la impertinencia de la acumulación en la contestación a la demanda, deben ser conscientes las partes de que habrán de acudir a la audiencia previa al juicio provistas de los elementos acreditativos que sostengan lo que a su posición beneficie –además de aquéllos que ya hayan aportado al proceso junto con sus escritos de demanda y de contestación–. Sobre la base de estos acreditamientos deberá el Juez tomar su decisión en la audiencia previa, decisión que tendrá carácter definitivo, y sobre la que ya no podrá volverse en la sentencia (en caso de haber estimado procedente la acumulación)<sup>43</sup>. Por ello, aunque al final del proceso el Juez advirtiera lo erróneo de su decisión inicial de admitir la acumulación, deberá de todos modos dictar sentencia en la que se pronuncie sobre cada una de las acciones acumuladas.

---

<sup>43</sup> Algo semejante sucede cuando, a través de declinatoria, se discute la competencia territorial en el proceso civil. Dado que los puntos de conexión o fueros a menudo están estrechamente vinculados con el fondo del asunto (v.g., el lugar de cumplimiento de la obligación de pagar el precio en un contrato de transporte varía según éste sea a portes pagados o a portes debidos), el Juez debe decidir sobre cuestiones de fondo a los solos efectos de decidir sobre la competencia; esa decisión se hace siempre sobre la base de principios de prueba o acreditamientos, que permiten dejar zanjada la cuestión con independencia de que en la sentencia la conclusión a la que llegue el Juez sobre dichos extremos, una vez practicada la prueba, sea diferente (sobre esta cuestión *vid.* CARRERAS LLANSANA, “El principio de prueba en las contiendas sobre competencia territorial”, *Revista de Derecho Procesal*, 1964-III, págs. 29-57).

c) La LEC, sin embargo, nada dice acerca de la posibilidad de que el tribunal, de oficio, aprecie la no acumulabilidad de las acciones en un momento procesal posterior al previsto en los arts. 73.4 y 419 –y presupuesto, claro está, que no se haya planteado la cuestión en alguno de esos momentos y se haya pronunciado a favor de la acumulación–. A nuestro juicio, no cabe duda de que nos hallamos ante procesos *muy* especiales (no en su tramitación, pero sí en su objeto), en los que la acumulación de acciones sólo es posible en los casos previstos por la ley y bajo las condiciones establecidas legalmente; la consecuencia de esto es el carácter de orden público de los presupuestos de la acumulación<sup>44</sup>, que debería hacer posible su control de oficio por parte del Juzgador en cualquier momento. En tales supuestos, y previa audiencia de todas las partes personadas, se debería conceder al actor la misma posibilidad de “desacumular” las acciones indebidamente acumuladas; pero la sanción en caso de incumplimiento sería entonces no ya la inadmisión de la demanda (pues es tarde para ello), sino el sobreseimiento de las acciones que se entiendan indebidamente acumuladas (en aplicación analógica del art. 419 LEC).

Además, y aunque la cuestión acerca de la pertinencia de la acumulación de acciones, insistimos en ello, no debe quedar nunca diferida a la sentencia, no cabe descartar que en alguna ocasión pueda llegar a ser así. En este momento carece ya de todo sentido una desacumulación y la consecuencia debería ser la absolución de la instancia en relación con aquella acción indebidamente acumulada<sup>45</sup>: se producirá, por tanto, una absolución *parcial* en la instancia, pues de las varias acciones acumuladas alguna o varias quedarán imprejuzgadas, mientras que otra u otras serán resueltas en cuanto al fondo. Para decidir cuál será en estos casos la acción que, como consecuencia del vicio, va a quedar imprejuzgada, deberá el juez acudir a los criterios anteriormente expuestos. Sea como fuere, en aquellos casos en que el Juez no encontrara criterio alguno para determinar cuál es la acción indebidamente acumulada, son dos las posibles actuaciones que puede llevar a cabo: o bien dictar directamente sentencia totalmente absolutoria de la instancia, que dejaría todas las acciones imprejuzgadas; o bien, haciendo una interpretación flexible –y muy extensiva– del art. 11.3 LOPJ, conceder trámite de subsanación al actor, para que desacumule la acción indebidamente sustanciada en el proceso, de manera que sólo en caso de que no lo hiciera así procediera dictar sentencia totalmente absolutoria de la instancia.

---

<sup>44</sup> En este sentido se manifiestan también TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, cit., pág. 178, y GIMENO SENDRA (con CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA), *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 138.

<sup>45</sup> Cfr. Díez-Picazo Giménez, “La acumulación de acciones en el proceso civil”, cit., pág. 154.