**El pleito testigo y la extensión de efectos desde la perspectiva de los principios de equivalencia y efectividad**

Francisco Pertíñez Vílchez

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Granada

# 1. Introducción

Mediante la introducción en el procedimiento civil del mecanismo de la extensión de efectos y del procedimiento testigo, a través del art. 103.100 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, se pretende agilizar la resolución de los procedimientos relativos a condiciones generales de la contratación, por la vía de evitar que se produzca una tramitación simultánea o sucesiva de distintos procedimientos relativos a condiciones generales sustancialmente idénticas empleadas por el mismo predisponente, posibilitándose que lo resuelto en uno de estos procedimientos sea aprovechable o extensible a otros supuestos relativos a las mismas condiciones generales.

En la mente del legislador obviamente está evitar que sucesivas oleadas de procedimientos sobre un mismo tipo de condición general provoquen nuevos colapsos de los tribunales de justicia, como el que ya se ha producido en el ámbito de los contratos de préstamo hipotecario, principalmente por el ejercicio de acciones individuales de nulidad de cláusulas suelo y de cláusulas de gastos hipotecarios, que dieron lugar a la creación de los juzgados especializados sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria[[1]](#footnote-1). Hay por tanto en la introducción de estos mecanismos un reconocimiento implícito del fracaso del régimen de las acciones colectivas del art. 11 LEC y una desconfianza hacia la proyectada reglamentación de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, como instrumento para tratar de forma eficiente series de litigios iguales[[2]](#footnote-2).

Mediante el expediente de la extensión introducido en el nuevo art. 519.2 LEC se permite que los efectos de una sentencia firme, dictada al menos por una audiencia provincial, que haya declarado abusiva una determinada condición general se puedan extender a litigios de otros consumidores, a petición de estos, siempre que se traten de condiciones generales sustancialmente idénticas y además se cumplan otros requisitos: el demandado en ambos procedimientos sea el mismo; exista una identidad de la situación jurídica del solicitante y del favorecido por la sentencia a extender (por ejemplo, en cuanto a la condición de consumidor o ausencia de negociación); la causa de la nulidad no sea la falta de transparencia y que el órgano sentenciador o que fuera competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretenden extender lo sea también, por razón del territorio, para conocer de la pretensión. El auto por el que se declare la extensión de efectos tendrá carácter ejecutivo para el consumidor solicitante.

Por su parte, mediante el procedimiento testigo regulado en el nuevo art. 438.ter LEC se permite que un juzgado que estuviera conociendo sobre un litigio relativo a una determinada condición general pueda suspender los procedimientos relativos a condiciones generales sustancialmente idénticas, a instancia de cualquiera de las dos partes o incluso de oficio a instancia del letrado de la administración de justicia, hasta que el primer procedimiento -el procedimiento escogido como testigo, que se tramitará con carácter preferente- se resuelva mediante sentencia firme. En ese momento, el demandante del procedimiento suspendido podrá solicitar el desistimiento de su pretensión, la continuación del procedimiento suspendido o la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, de acuerdo con el procedimiento previsto en el nuevo art. 519.2 LEC. Como en el caso del mecanismo de la extensión de efectos, la suspensión no procederá en procedimientos que tengan por objeto la falta de transparencia de una condición general.

La introducción de estos instrumentos supone una auténtica novedad en el procedimiento civil español[[3]](#footnote-3), pues permiten que determinadas acciones individuales no se sustancien mediante un procedimiento declarativo ordinario, en el que con plena cognición las partes concernidas aleguen y discutan sobre las circunstancias que singularizan cada supuesto bajo la responsabilidad de una dirección letrada propia, sino que, por el contrario, posibilitan que lo ya resuelto en un procedimiento mediante una sentencia firme sea extensible a otros litigios relativos a las mismas condiciones generales empleadas por el mismo predisponente.

En la base del aprovechamiento de lo ya resuelto en otro procedimiento está la identidad sustancial que el legislador presupone a los procedimientos sobre condiciones generales de la contratación en los que, salvando el caso de los supuestos de nulidad por falta de transparencia, no habría, en principio –siempre, según el legislador-, circunstancias individuales de cada caso concreto sobre las que debatir[[4]](#footnote-4). Con cierto desdén, la exposición de motivos del proyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal de 22 de abril de 2022, se refería a los “pleitos masa” sobre condiciones generales de la contratación y aludía a una hipotética práctica de (malos) despachos de abogados que utilizarían demandas o plantillas iguales para distintas acciones de nulidad sobre una misma cláusula. Si esto es así, el legislador entiende que la calidad de los fundamentos en este tipo de procedimientos no importa, ni tampoco la pericia del abogado que los sostenga[[5]](#footnote-5).

Sin embargo, la eficiencia procesal no puede conseguirse a costa de menoscabar las garantías constitucionales de acceso al proceso y contradicción y, siendo una de las partes además un consumidor, los principios comunitarios de equivalencia y efectividad, conforme a los cuales, una disposición procesal nacional no puede imponer requisitos para el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión que sean diferentes y menos favorables de los que se exigen para situaciones análogas de derecho interno (principio de equivalencia) o supongan obstáculos que imposibiliten o en la práctica hagan muy difícil el ejercicio de tales derechos (principio de efectividad)[[6]](#footnote-6). Al respecto, conviene tener en cuenta que como ha dicho el Tribunal de Justicia en la STJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y 385/15, Sales Sinués), el ejercicio efectivo de los derechos que la Directiva CEE 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores no puede quedar obstaculizado por consideraciones vinculadas a la organización judicial de un estado miembro (apartado 42).

Desde la perspectiva de aquellos dos principios comunitarios es muy distinta la valoración que merecen los dos nuevos mecanismos introducidos en el procedimiento civil:

Por lo que respecta a la extensión de los efectos de una sentencia, ésta sólo procederá a instancias del consumidor que la pretenda quien, a través de un sencillo procedimiento en el que se valore la concurrencia de la identidad sustancial del objeto de ambos procedimientos y de los demás requisitos establecidos por el art. 519.2 LEC, puede conseguir un auto directamente ejecutable, ahorrándose el tiempo de tramitación y los costes de un procedimiento ordinario. El mecanismo de la extensión de efectos es bueno para la administración de justicia y bueno para el consumidor, por lo que nada hay que objetar a este instrumento desde la perspectiva de los principios de equivalencia y efectividad, salvo lo que más adelante se dirá en relación a la no imposición de costas en caso de estimación de la petición de extensión sin oposición de la parte predisponente. Otra cosa es que en la práctica tal mecanismo sea realmente eficaz habida cuenta el escaso interés que tendrán los letrados de los consumidores a ofrecerles una solución que les priva de los honorarios de un procedimiento declarativo.

Sin embargo, el procedimiento testigo implica una suspensión de la tramitación de un procedimiento sobre nulidad de una condición general por la pendencia en el mismo Juzgado de un procedimiento sobre una condición general sustancialmente análoga seguido frente al mismo demandado. Esta suspensión puede ser impuesta para el consumidor demandante si se adopta de oficio o a instancias del empresario demandado y se prolongará hasta que el procedimiento testigo se resuelva mediante sentencia firme, para lo cual, pese al carácter preferente de su tramitación, pueden transcurrir años en virtud de las distintas vicisitudes de ese procedimiento (suspensión de actos procesales, recursos, etc.), siendo posible que el procedimiento testigo finalice con una sentencia desestimatoria de la nulidad de la que no podrán aprovecharse los consumidores cuyos procedimientos se hayan visto suspendidos o que incluso no llegue a terminar con una resolución firme en caso de satisfacción extraprocesal, renuncia o transacción. Todo ello sin perder de vista que el consumidor cuyo procedimiento se haya visto suspendido, pese a disponer a la finalización del procedimiento de una posibilidad de continuar con la tramitación de su propio procedimiento, ineludiblemente se verá condicionado por el resultado de aquel pleito seleccionado como testigo, del que no ha sido parte, pues no cabe pensar que el mismo órgano judicial para un caso sustancialmente idéntico rectifique un criterio decisorio precedente, que ha podido adoptar bajo la premisa de la fundamentación jurídica de una demanda que posiblemente no fuera la mejor[[7]](#footnote-7).

Desde esta perspectiva, el procedimiento testigo plantea cuanto menos dudas sobre su adecuación a derecho comunitario conforme a los principios de equivalencia y efectividad, siendo aspectos a considerar, al menos: la dilación que supone para el consumidor la suspensión impuesta de su propio procedimiento, la limitación de su derecho de contradicción en un procedimiento del que no es parte y cuyos efectos le pueden perjudicar, además de ciertas previsiones sobre la no imposición de costas que podría ser contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE sobre el derecho del consumidor a obtener el reembolso de los honorarios razonables por los gastos de asistencia jurídica en un procedimiento que haya concluido con una declaración sobre el carácter abusivo de una cláusula

No obstante, como ha dicho hasta la saciedad el Tribunal de Justicia de la UE –por ejemplo, en las STJUE de 14 de diciembre de 1995 (C-312/93, Peterbroeck), STJUE de 14 de diciembre de 1995 (C-430/93, Van Schijndel) y más recientemente STJUE de 29 de octubre de 2015, (C 8/14, BBVA)- en la valoración de cuando una norma procesal puede afectar a los principios de equivalencia o efectividad se debe tener en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento, el desarrollo del mismo y sus particularidades ante las distintas instancias nacionales. Por eso, estas páginas no tratan de dictaminar en términos de todo o nada acerca de la contravención de la regulación a los procedimientos testigo a los consabidos principios comunitarios, sino más bien de sugerir interpretaciones de la reglamentación del pleito testigo que permitieran salvar las posibles dudas al respecto. También se quiere aclarar que, dada la vaporosidad de los términos que emplea el Tribunal de Justicia de la UE para valorar la conformidad de una norma procesal a los principios de equivalencia y efectividad, cuanto aquí se diga no puede tener más que un valor especulativo.

# 2. El procedimiento testigo desde la perspectiva del principio de equivalencia

El principio comunitario de equivalencia implica que las normas procesales específicamente establecidas por un ordenamiento nacional en virtud del principio de autonomía procesal para el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión no pueden ser menos favorables que las que rigen el ejercicio de otros derechos análogos de base nacional.

La lesión del principio de equivalencia requiere, por lo tanto, efectuar dos valoraciones: en primer lugar, sobre la singularidad del procedimiento previsto para el ejercicio de las acciones para la tutela de los derechos conferidos por el derecho comunitario respecto del procedimiento que rige otras situaciones análogas y, en segundo lugar, que esta regulación procesal singular sea menos favorable.

La STJUE de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10, Rosado Santana, apartado 90) ofrece las pautas con arreglo a las cuales se han de efectuar ambas valoraciones. Por lo que respecta a la singularidad de la norma procesal nacional esta existirá cuando tal norma no se aplique indistintamente a los procedimientos para la tutela del derecho conferido para el derecho comunitario y a los procedimientos para la tutela de derechos conferidos por el derecho interno que tengan un objeto y una ratio semejante. El carácter menos favorable de esta disposición procesal singular habrá de valorarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa esa disposición en el conjunto del procedimiento, el desarrollo de éste y sus particularidades[[8]](#footnote-8).

No hay ninguna duda respecto a la singularidad del procedimiento testigo, cuyo ámbito de aplicación es, por la remisión del art. 438.ter LEC al art. 250.1.14ª LEC, el de las acciones individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación, excepción hecha de las que estén fundadas en una falta de transparencia. Su ámbito de aplicación se circunscribe por lo tanto a las acciones de nulidad de cláusulas abusivas que derivan del art. 6.1 de la Directiva CEE 13/1993, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. No resulta por el contrario aplicable el procedimiento del pleito testigo a otras acciones sobre condiciones generales que no tienen su origen en el derecho comunitario, como las acciones de no incorporación de condiciones generales de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación[[9]](#footnote-9) o las acciones de nulidad de las cláusulas limitativas en los contratos de seguro del art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, puesto que la valoración de la nulidad depende en los dos casos señalados de un juicio de transparencia de las condiciones generales. Sí podría resultar aplicable el pleito testigo, en principio, a la acción de nulidad de cláusulas lesivas en el contrato de seguro, prevista también en el art. 3 de la LCS, pero esta es una acción, que aunque reconocida por una norma de derecho nacional interno anterior a la propia Directiva CEE 13/1993, resulta difícilmente deslindable del supuesto de nulidad de las cláusulas abusivas, hasta el punto que no puede considerarse que sea una acción con perfiles autónomos de la nulidad de cláusulas abusivas para el caso de los contratos de seguro.

En consecuencia, no se aplica la suspensión propia del procedimiento testigo a procedimientos para el ejercicio de derechos conferidos por el derecho nacional interno, con los que la acción de nulidad de cláusulas abusivas podría tener mayor similitud por razón de su objeto y ratio.

Tampoco hay una disposición procesal similar al art. 438.ter LEC aplicable a procedimientos sobre otras acciones de nulidad contractual que eventualmente pudieran estar fundadas en una asimetría negocial, como la anulación por vicio de dolo o error –expresamente excluida del art. 438.ter LEC- o la nulidad por contravención de una norma imperativa. Por supuesto, la suspensión prevista con carácter general en el art. 43 LEC para el caso de prejudicialidad civil no es equiparable a la suspensión derivada de un procedimiento testigo, puesto que aquella está fundada en una relación de prejudicialidad entre dos procedimientos y la del 438.ter LEC en una identidad sustancial de objetos, que no de partes, en la que no existe tal prejudicialidad.

Pero como hemos dicho, la contravención del principio de equivalencia requiere no solamente valorar la singularidad de la norma procesal aplicable a la tutela jurisdiccional de los derechos conferidos por el derecho de la Unión, sino además que esta reglamentación singular sea menos favorable que la prevista para el ejercicio de los derechos análogos conferidos por el derecho nacional.

Lo que se ha de valorar no es si esta regulación singular resulta favorable para la administración de Justicia, que obviamente lo será al permitir una reducción del número de procedimientos sobre un mismo tipo de condición general, sino si resulta más favorable para el titular del derecho subjetivo conferido, en abstracto, por el derecho comunitario, esto es, para la categoría de consumidores como titulares del derecho a no verse vinculados por una cláusula abusiva. De manera que cualquier argumento llamado a sostener la conformidad de esta regulación con el principio comunitario de equivalencia con fundamento en la eficiencia para la administración de Justicia será irrelevante. Conviene recordar al respecto, lo dispuesto por la SJTUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y 385/15, Sales Sinués) acerca de que el ejercicio efectivo de los derechos conferidos por la Directiva CEE 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, no puede quedar obstaculizado por consideraciones vinculadas a la organización judicial de un estado miembro.

En el debe de la balanza del procedimiento testigo hay que tener principalmente en consideración que la suspensión de los procedimientos de nulidad de cláusulas abusivas puede resultar impuesta al consumidor y probablemente implicará una dilación en la obtención de una respuesta judicial a su petición de nulidad.

El procedimiento seleccionado como testigo, pese a su tramitación preferente, puede extenderse durante años hasta que finalice con sentencia firme[[10]](#footnote-10) y no resulta aventurado pronosticar que la entidad demandada en ese procedimiento hará todo lo posible para dilatar al máximo su tramitación y resolución, no sólo agotando las vías de recurso a las que legítimamente tenga derecho, sino apurando al máximo todas las posibilidades que ofrezca la legislación procesal: suspensión voluntaria para intentar llegar a una transacción (ya sea con ánimo de transar real o ficticio), declinatoria de competencia, suspensión de vistas por incomparecencia de peritos o testigos, etc. Actuaciones todas ellas de las que no se puede ver privada la parte demandada y en las que difícilmente se podrá acreditar su hipotética mala fe procesal.

Pese a lo anterior, en el haber del instrumento del pleito testigo se puede señalar que si la sentencia firme que resolviera el procedimiento testigo resultase favorable, los consumidores cuyos procedimientos se han visto suspendidos podrán solicitar la extensión de sus efectos a sus litigios mediante el procedimiento previsto en el art. 519.2 LEC con un considerable ahorro de gastos procesales, por lo que seguramente habrán dado por bueno el tiempo de espera.

Pero si la sentencia del procedimiento seleccionado como testigo hubiera sido desestimatoria la espera habrá sido en vano, pues los consumidores expectantes, si quieren obtener una tutela diferenciada de su derecho, no tendrán más remedio que iniciar un nuevo procedimiento –previo desistimiento del que hubiera sido suspendido- o solicitar la continuación de la tramitación del procedimiento suspendido, en el punto en el que se hubiera suspendido, que es el de la admisión a trámite de la demanda. En una situación análoga se encontrarían los consumidores expectantes si el procedimiento testigo terminase sin una sentencia firme por renuncia, carencia sobrevenida de objeto o acuerdo transaccional.

Pero es más, incluso aunque la sentencia que resolviera con firmeza el procedimiento testigo fuera estimatoria de la nulidad de la condición general podría darse el supuesto de que el consumidor expectante no se pudiera beneficiar del mecanismo de la extensión de efectos si la entidad demandada se opusiera a dicha extensión invocando con ciertas trazas de verosimilitud la falta de identidad de la situación jurídica en ambos procedimientos (art. 519.3 LEC), por ejemplo, por señalar indicios razonables sobre la condición de no consumidor de quien solicita la extensión, sobre la negociación de la condición general en su contrato o sobre la prescripción, lo que abocaría, en aras a la tutela del derecho de contradicción del empresario, a estimar la oposición de la extensión y a la continuación de la tramitación del procedimiento declarativo suspendido para dilucidar todos estos aspectos con plenitud de prueba. Al respecto, conviene aclarar que el art. 438.ter LEC sólo exige para suspender un procedimiento por la pendencia de otro seleccionado como testigo que exista entre las condiciones generales que son objeto de ambos una identidad sustancial, pero para la extensión de efectos consecutiva a la finalización del procedimiento testigo se requiere además valorar que exista una identidad de la situación jurídica entre los favorecidos por el fallo a extender y los consumidores que pretenden la extensión (art. 519.2*.*a) LEC), por lo que es factible que se decrete la suspensión por haber valorado el juzgado que existe identidad sustancial de condiciones generales y que sin embargo no proceda la extensión de la sentencia favorable dictada en el procedimiento testigo por no darse la referida identidad de situación jurídica entre los afectados.

En definitiva, que la suspensión por la tramitación de un procedimiento seleccionado como testigo suponga una ventaja para el consumidor dependerá de las vicisitudes y del resultado del procedimiento escogido como testigo y de que siendo dicho fallo favorable concurra la identidad de la situación jurídica requerida por el art. 519.2 LEC para la extensión de sus efectos a los procedimientos suspendidos, algo que no se puede determinar a priori en el momento en que el juzgado decreta la suspensión, salvo que existiera una Jurisprudencia clara y consolidada respecto de la nulidad de la condición general en cuestión y sus consecuencias restitutorias. Por consiguiente, la eventual dilación que implique la suspensión de un procedimiento por la tramitación de otro considerado como testigo es un factor que no puede dejar de tenerse en cuenta para valorar la adecuación de la medida al principio de equivalencia.

En este sentido, la Carta de derechos fundamentales de la UE, (Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010), en su art. 47 considera como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva el de ser oído por un Juez en un plazo razonable, lo que ha sido tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia de la UE, por ejemplo, en la STJUE de 18 de marzo de 2010 (Asunto C-317/08, C-318/08, C-319/09 y C/320/08, Alassini) para valorar una eventual lesión del principio de equivalencia y efectividad en relación a una norma procesal nacional que imponía un intento de conciliación extrajudicial obligatoria con carácter previo a la interposición de una demanda judicial en ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, si bien en el supuesto de la citada sentencia se consideró que la normativa nacional en cuestión no resultaba contraria a los principios de equivalencia y efectividad, puesto que el procedimiento de conciliación extrajudicial, que había de resolverse como máximo en treinta días, no suponía un retraso sustancial a efectos de interposición de una demanda judicial, interrumpe la prescripción y además no suponía incurrir en gastos adicionales.

En el ámbito concreto del ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva CEE 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, también ha sido tomado en consideración el factor tiempo en la resolución de litigios sobre cláusulas abusivas en la STJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y 385/15, Sales Sinués), que consideró contraria al principio de efectividad una interpretación del art. 43 LEC conforme a la cual debieran suspenderse imperativamente por prejudicialidad civil los procedimientos sobre acciones individuales de nulidad de cláusulas abusivas, por la pendencia de una acción colectiva de nulidad sobre la misma condición general. Aunque, a decir verdad, si bien la citada sentencia hizo referencia a la demora que suponía esperar al plazo de resolución de la acción colectiva (apartado 38), la decisión parece estar fundamentada principalmente en que una interpretación del art. 43 LEC que no permitiera al consumidor desvincularse de una acción colectiva implicaría que el mismo estuviera obligatoriamente vinculado por el fallo de la acción colectiva, afectando a su derecho de contradicción (cuestión sobre la que trataremos más adelante), por lo que tampoco pueden extraerse de dicho fallo conclusiones inequívocas acerca de lo que se considera un retraso sustancial en la tramitación de un procedimiento.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que lo que se trata de evaluar desde la perspectiva del principio de equivalencia no es si el retraso es tan considerable que en la práctica imposibilita o hace excesivamente difícil el ejercicio del derecho a la no vinculación de las cláusulas abusivas, juicio que sería propio del principio de efectividad, sino si la suspensión provoca una demora sustancial en relación a la tramitación de otros procedimientos relativos al ejercicio de derechos análogos.

En la ponderación de si la suspensión que pueda venir impuesta por la tramitación de un procedimiento testigo resulta menos favorable para el consumidor que un escenario alternativo en el que no existiera tal suspensión no deberían tomarse como referencia comparativa los plazos de resolución de litigios sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario habidos durante la vigencia de los juzgados especializados, no sólo porque la situación durante tales años ha sido excepcional, sino porque la anormalidad en el tiempo de respuesta ha venido motivada precisamente por la concentración de todos esos litigios en unos juzgados para descongestionar el resto de órganos de la jurisdicción civil, generándose así un agravio en el tiempo de respuesta para la tutela jurisdiccional de los consumidores frente al empleo de cláusulas abusivas, por lo que el mismo acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de mayo de 2017, por el que se crearon tales juzgados especializados podría ser contrario al principio de equivalencia, aunque ninguno de los órganos concernidos hubiera planteado una cuestión prejudicial al respecto y por más que su creación fuese avalada por la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, núm. 1542/2018, de 22 de octubre.

La comparativa debería hacerse con la demora que la eventual suspensión puede suponer respecto a la tramitación normal de un procedimiento declarativo verbal –al que ahora se sujetan las acciones sobre condiciones generales de la contratación por mor de la modificación introducida en el art. 250.1.14ª por el art. 103 del mismo Real Decreto 6/2023- lo que exige que los órganos judiciales se tomen muy en serio la tramitación preferente de los procedimientos seleccionados como testigo en todas sus instancias.

En un hipotético juicio sobre la adecuación del procedimiento testigo al principio de equivalencia podría resultar también coadyuvante el hecho de que se admitiera el planteamiento por el consumidor expectante de medidas cautelares en el procedimiento suspendido que suspendieran los efectos de las condiciones generales objeto del mismo si estas pudieran perjudicarle durante su tramitación, de tal manera que se mitigaran los efectos perjudiciales de su suspensión[[11]](#footnote-11).

Del mismo modo, en este hipotético juicio de conformidad del procedimiento testigo con el principio de equivalencia se podría tener también en consideración una interpretación laxa de los requisitos de la sentencia dictada en el procedimiento escogido como testigo para su extensión a los procedimientos suspendidos, de tal manera que bastase que fuera una sentencia firme dictada en cualquier instancia y no necesariamente una sentencia dictada por una audiencia provincial como exige el art. 519.2 LEC, precepto que, en línea con esta interpretación, se podría considerar referido únicamente al supuesto de la solicitud de una extensión de efectos por un consumidor hasta entonces no litigante, pero no de aplicación a la extensión consecutiva a la finalización del pleito seleccionado como testigo respecto de los procedimientos suspendidos, bastando entonces que el procedimiento seleccionado haya terminado por sentencia firme, que es lo único que exige el art. 438.ter LEC, cualquiera que haya sido la instancia en la que se adoptó.

# 3. El procedimiento testigo desde la perspectiva del principio de efectividad

Conforme al principio de efectividad una norma procesal nacional no puede imponer obstáculos que imposibiliten o hagan excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho comunitario. Para valorar cuando una disposición procesal nacional puede contravenir el principio de efectividad se debe tener en consideración no sólo la norma en cuestión, aisladamente considerada, sino el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento, el desarrollo del mismo y sus particularidades ante las distintas instancias nacionales[[12]](#footnote-12). En definitiva, esta valoración depende de criterios excesivamente difusos que impide pronosticar con una mínima precisión cuando una regulación procesal nacional, como la del pleito testigo, puede resultar contraria a tal principio.

No obstante, el principio de efectividad, en relación al derecho del consumidor a no verse vinculado por una cláusula abusiva (art. 6.1 Directiva CEE 93/13), abarca el derecho a plantear ante el órgano jurisdiccional o administrativo que proceda, según la legislación de cada estado, una pretensión individual de nulidad. Así lo ha dispuesto la mencionada STJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y 385/15, Sales Sinués), que partiendo de una distinción entre el objeto de una acción colectiva, en la que se valora el carácter abusivo de una cláusula en abstracto, y el de una acción individual, en el que se valora la misma cláusula con arreglo a las circunstancias del caso concreto, reconoce el derecho del consumidor a hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Dirrectiva CEE 93/13, desvinculándose de la acción colectiva en la que ya se estuviera decidiendo sobre esa misma cláusula.

Del mismo modo, la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en su art. 9.2 obliga a los estados miembros a reconocer el derecho de los consumidores a litigar de manera individual, ya sea estableciendo una vinculación por defecto de la que podrían desvincularse aquellos (sistema opt-out) o ya sea un mecanismo por el que los consumidores hayan de manifestar expresamente su voluntad de quedar vinculados por la acción colectiva (sistema opt-in).

Todas estas consideraciones del derecho comunitario acerca del derecho de cada consumidor a plantear la no vinculación de una cláusula abusiva en un procedimiento individual, si bien son relativas a la relación entre las acciones individuales y las acciones colectivas, pueden poner en entredicho la regulación del procedimiento testigo, en la medida en que el mismo pueda suponer una limitación del derecho de contradicción de cada consumidor para hacer valer las circunstancias que singularicen su caso frente a aquel que ha sido seleccionado como testigo.

El reconocimiento por el derecho comunitario del derecho del consumidor afectado por una cláusula abusiva a obtener una tutela individual, al margen de una acción colectiva, está fundado en la premisa de que la valoración sobre el carácter abusivo de una cláusula depende de un juicio complejo acerca de la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, del resto de cláusulas del contrato y de las circunstancias existentes al tiempo de la contratación (art. 4.1 Directiva CEE 93/13 y 82.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios ).

La regulación del procedimiento testigo parte de una premisa contraria: los procedimientos por los que se resuelve sobre acciones de nulidad de una misma condición general son procedimientos que –exclusión hecha del control de transparencia- resultan sustancialmente idénticos (“pleitos masa”), sin que existan circunstancias que individualicen cada caso respecto de un patrón general; en consecuencia, cada uno de estos pleitos no merece ser tramitado mediante un procedimiento declarativo íntegro.

Esta percepción sobre la uniformidad de los procedimientos que resuelven sobre un mismo tipo de cláusula general está seguramente extraída de la experiencia habida en relación a la resolución de los millares de pleitos sobre cláusulas suelo –que paradójicamente estarían excluidas del ámbito de aplicación de los pleitos testigo- y sobre las cláusulas de imposición de gastos hipotecarios. Probablemente tal análisis sea cierto en relación a esta última cláusula, así como en relación a otras en las que una Jurisprudencia consolidada haya establecido un criterio preciso acerca de la nulidad y sus consecuencias restitutorias, sin margen de apreciación para las circunstancias del caso concreto, como puede ser también el caso de las cláusulas sobre intereses de demora en préstamos o el de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios por impago de una sola cuota. Se trataría de supuestos pertenecientes a la categoría de la llamada lista negra de cláusulas abusivas que serían abusivas siempre o bien de cláusulas cuyo carácter abusivo dependiera de parámetros o circunstancias que pudieran valorarse en abstracto para un conjunto de casos idénticos.

Sin embargo, no todas las cláusulas que puedan ser abusivas obedecen a este mismo patrón. Hay cláusulas que pueden resultar abusivas en un contrato y no serlas en otro atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, al resto de cláusulas del contrato o a las circunstancias existentes al tiempo de la celebración. Buena prueba de ello –y al margen del control de transparencia- lo encontramos en algunos casos resueltos jurisprudencialmente en los que el carácter abusivo de una cláusula se hace depender de la concurrencia de una serie de circunstancias que pueden concurrir o no en cada caso enjuiciado: así, por ejemplo, el carácter abusivo de la cláusula que estipula la duración de un contrato de mantenimiento de ascensores (en el caso concreto, cinco años), según la STS núm. 469/2019, de 17 de septiembre, depende de su ponderación con otras cláusulas del contrato, como la que establece la penalización en caso de finalización anticipada; o la valoración del carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato de compraventa en construcción por incumplimiento de la obligación del pago del precio en la fecha estipulada por el comprador, según la STS núm. 214/2014, de 15 de abril (caso Polaris), depende de la coyuntura de un mercado inmobiliario claramente a la baja existente en el momento de la contratación. De manera análoga, según el criterio expresado en la STJUE de 16 de marzo de 2023 (C-565/21, Caixabank S.A.), la valoración acerca del carácter abusivo de la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura –una vez excluido por dicha sentencia que la referida cláusula forme parte del objeto principal y que estuviera sujeta al control de transparencia del art. 4.2 de la Directiva CEE 13/1993- requiere valorar el carácter desproporcionado del importe de la comisión en relación con el importe del préstamo.

Además de lo anterior, es posible que, incluso respecto a cláusulas iguales cuyo carácter abusivo se pudiera predicar en abstracto, la situación jurídica de las partes en el procedimiento escogido como testigo y en los procedimientos suspendidos no sea la misma, por ejemplo, por haber habido en un caso negociación individual, por haber sido la cláusula objeto de una novación o transacción, por no concurrir en uno de los afectados la condición de consumidor o por poder haber prescrito la reclamación de restitución.

Desde esta consideración de la singularidad del caso concreto, la adecuación del procedimiento testigo con el principio de efectividad requeriría valorar cuestiones tales como si en su regulación se contempla algún trámite de oposición de las partes a la suspensión de su procedimiento, así como la posibilidad del consumidor suspendido de proseguir con la tramitación de su procedimiento en caso de disconformidad con la sentencia dictada en el pleito testigo o la posibilidad de que los consumidores expectantes puedan realizar alegaciones como tercero con interés legítimo en el procedimiento seleccionado como testigo.

En este sentido, sorprende que la decisión de suspender un procedimiento por su similitud con el procedimiento escogido como testigo sea adoptada inaudita parte, sin que el art. 438.ter.2 LEC haya previsto ningún trámite de oposición en el que las partes puedan invocar la existencia en el caso concreto de circunstancias que individualicen su pretensión respecto de la del pleito considerado como testigo. La suspensión decretada mediante auto es recurrible en apelación, que se tramitará de manera preferente y urgente, aunque sin efectos suspensivos de la suspensión decretada, por lo que si finalmente se estima el recurso de apelación se habrá producido una dilación que probablemente hubiera sido evitable si el consumidor afectado hubiera dispuesto de un trámite de alegaciones.

Por otra parte, dada la opción tripartita que el art. 438.ter.3 confiere al consumidor demandante en el procedimiento suspendido a la finalización del procedimiento señalado como testigo (desistir, continuar con la tramitación del procedimiento suspendido o solicitar la extensión de efectos), en puridad, el consumidor no resulta privado, en ningún caso, de la posibilidad de continuar con la tramitación de su propio procedimiento (art. 438.ter.5). Sin embargo, no puede desconocerse que una eventual resolución dictada en el procedimiento señalado como testigo que sea desestimatoria de la pretensión de nulidad de la cláusula abusiva en cuestión puede perjudicar a todos los consumidores demandantes en los procedimientos suspendidos, en la medida en que el órgano que dictó tal resolución, por coherencia y por mantener la uniformidad y predictibilidad de sus resoluciones, será poco proclive a modificar su criterio. Ello a pesar de que la demanda de alguno de los pleitos suspendidos pudiera tener una fundamentación jurídica más sólida o un sustrato fáctico más proclive a la declaración de nulidad que los del pleito seleccionado como testigo.

De lo anterior se infiere que la selección del procedimiento escogido como testigo, ante el silencio del legislador sobre el criterio de elección, no debería ser aleatoria, ni estar fundada en un criterio de estricta prioridad temporal, sino que el órgano judicial ha de tener en cuenta la demanda mejor fundada, que pueda subsumir en su fundamentación los argumentos empleados por otras demandas menos sólidas. Mientras no existieran tales demandas sólidas, el juzgado debería abstenerse de seleccionar un pleito como testigo y dejar que siguieran su suerte procesal las malas demandas hasta ese momento interpuestas.

Por otra parte, no se ha previsto en la regulación del procedimiento testigo un trámite procesal ad hoc que permitiera al consumidor demandante en un procedimiento suspendido efectuar alegaciones en el procedimiento testigo en un sentido coadyuvante a la declaración de nulidad. Es dudoso que al tal efecto el consumidor suspendido pueda hacer uso del mecanismo de la intervención adhesiva simple del art. 13 LEC, no sólo por la interpretación restrictiva del interés legítimo del tercero que la Jurisprudencia (ej. Auto TS de 18 de diciembre de 2006, Recurso núm. 1710/2004) circunscribe al supuesto de prejudicialidad, sino porque el propio mecanismo de la intervención adhesiva, con su trámite de alegaciones y su correspondiente traslado a las partes litigantes para formular oposición por plazo de cinco días, parece difícilmente conciliable con el carácter preferente de la tramitación del procedimiento testigo.

En consecuencia, al consumidor suspendido sólo le queda esperar a que se decida su suerte en un procedimiento del que no es parte, con fundamento en las alegaciones de otro.

# 3. La regulación de las costas en el procedimiento testigo y en la extensión de efectos

El régimen de imposición de las costas judiciales en los procedimientos de nulidad de cláusulas abusivas ha sido abordado por el Tribunal de Justicia de la UE desde la perspectiva del principio de efectividad, creándose un cuerpo de doctrina en la STJUE de 16 de julio de 2020 (C-22/19 y C-259/19, Caixabank S.A. y BBVA S.A.), posteriormente reiterado en otras resoluciones como las STS de 7 de abril de 2022 (C-385/20, Caixabank S.A.) y 22 de septiembre de 2022 (C-215/21, Zulima), conforme al cual el principio de efectividad implica que el consumidor que haya obtenido un pronunciamiento estimatorio en un procedimiento sobre nulidad de cláusulas abusivas tiene derecho a obtener un reembolso razonable y proporcionado de los gastos procesales en los que haya incurrido, pues lo contrario supondría disuadirle de ejercitar acciones de nulidad de cláusulas abusivas, en contra de los objetivos de los arts. 6.1 y 7.1 Directiva CEE 93/13.

Con arreglo a tal criterio se ha considerado por el Tribunal de Justicia incompatible con el principio de efectividad en relación a los procedimientos de nulidad de cláusulas abusivas: un régimen de distribución de las costas procesales como el del vencimiento objetivo previsto en el art. 394 LEC, por el que, pese a ser estimada la pretensión de nulidad de una cláusula abusiva, el consumidor se vea privado del reembolso de sus cotas por no ser la sentencia íntegramente estimatoria en cuanto a la petición de restitución de lo indebidamente cobrado [STJUE de 16 de julio de 2020 (Asuntos acumulados C-22/19 y C-259/19, Caixabank S.A. y BBVA S.A.)]; una interpretación del art. 21.1 de la LEC que en caso de satisfacción extraprocesal no permita imponer las costas a la parte demandada, aun cuando hubiera actuado de mala fe por no atender una reclamación extrajudicial previa del consumidor [STJUE de 22 de septiembre de 2022 (Asunto C-215/21, Zulima)]; o un régimen de costas que imponga un límite máximo al reembolso de los honorarios por abogado soportados por el consumidor como el del art. 394.3 LEC, cuando dicho límite no le permita obtener el reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente [STJUE de 7 de abril de 2022 (Asunto C-385/20, Caixabank S.A.)].

A la vista de esta doctrina comunitaria, cabe plantearse si son conformes con el principio de efectividad ciertas previsiones contenidas en la regulación del procedimiento testigo y de la extensión de efectos que no permiten al consumidor obtener el reembolso de las costas en las que hubiera incurrido pese a haber obtenido una resolución favorable.

Por un lado, el art. 438.ter.5 LEC estipula que, en caso de que, una vez finalizado el procedimiento testigo mediante sentencia firme, el consumidor demandante en el procedimiento suspendido hubiera optado por instar la continuación del procedimiento suspendido en contra de la indicación del tribunal sobre la improcedencia de la continuación de tal procedimiento, si se dictara una sentencia íntegramente estimatoria de la parte de la demanda que coincida sustancialmente con aquello que fue resuelto en el procedimiento testigo, el tribunal razonándolo podrá disponer que cada parte abone sus costas y las comunes por la mitad. La ratio de esta previsión parece clara y es evitar que el consumidor opte innecesariamente por la continuación del procedimiento suspendido, cuando la tutela solicitada pudiera obtenerse por vía de la extensión de los efectos (art. 519.2 LEC) de la sentencia dictada en el pleito testigo, simplemente para generar de manera artificiosa y contraria a la buena fe el derecho a devengar las costas propias de un procedimiento ordinario.

No obstante, la decisión de no imponer en tal supuesto al demandado una condena en costas no ha de ser automática y el tribunal debería valorar si conforme a las circunstancias de cada caso existían buenas razones para que el consumidor demandante prefiriese la continuación de su procedimiento, pese a poder ser subsumida su pretensión en la sentencia que resolvió el procedimiento testigo; por ejemplo, en caso de que el afectado albergara dudas sobre la pertinencia de la extensión de los efectos de la sentencia, por falta de identidad de su situación jurídica con la del demandante en el procedimiento testigo, por ejemplo, por ser dudosa su condición de consumidor, lo que preventivamente, ante la posible oposición del demandado a la extensión por esta causa (art. 519.2.a) LEC) y aun en contra del criterio expresado por el juzgador acerca de la improcedencia de la continuación del procedimiento, le podría llevar a optar por la continuación de tal procedimiento para poder hacer alegaciones y aportar pruebas que justificaran tal condición de consumidor. En este sentido, correctamente, el art. 438.ter.5 LEC dispone que la no imposición de costas al demandado vencido será potestativa para el tribunal que además deberá razonarlo.

Por otra parte, el art. 519.4 LEC establece en la regulación del procedimiento para solicitar la extensión de efectos de otra sentencia dispone que si el auto que resuelve sobre la solicitud de extensión accede a ella total o parcialmente y hubiera habido oposición a la extensión por parte del empresario entonces se estará a la regulación sobre imposición de costas prevista en el art. 394 LEC, luego, a contrario, si no hubiera habido oposición a la ejecución por parte del empresario, pese a que el auto hubiera accedido a la extensión, no habrá condena en costas a aquél. Esta previsión, cuya ratio sea probablemente la de desincentivar el planteamiento de oposiciones artificiosas a la extensión por parte de los empresarios concernidos, puede resultar contraria al principio de efectividad, por poder resultar disuasoria para el consumidor si el importe de la restitución de la cláusula abusiva vinculado a la nulidad no resultara suficiente ni tan siquiera para sufragar los honorarios de abogado y procurador devengados en un procedimiento sobre la extensión de efectos. Además, en contra del criterio ya establecido en la STJUE de 22 de septiembre de 2022 (Asunto C-215/21, Zulima), tal previsión sobre la no imposición de costas no permitiría tener en cuenta la mala fe del empresario si se le hubiera efectuado por el consumidor un requerimiento extrajudicial previo que no hubiera atendido, motivando de este modo el recurso a la vía jurisdiccional.

1. Según las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial disponibles en <https://www6.poderjudicial.es/PXWeb2021v1/pxweb/es/>, desde 2017 hasta 2021 se han contabilizado 713.129 demandas sobre cláusulas suelo ante los juzgados especializados. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ortells Ramos, Manuel, “Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa”, *Revista General del Derecho Procesal*, Nº 54, 2021, pág. 4 (versión electrónica disponible en Iustel.com). [↑](#footnote-ref-2)
3. En la jurisdicción contencioso administrativa el procedimiento testigo y la extensión de efectos fueron incluidos en los arts. 37. 2 y 3, 110 y 111 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. [↑](#footnote-ref-3)
4. El porcentaje de sentencias estimatorias en acciones individuales de nulidad de cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario ejercitadas ante los juzgados especializados fue del 96,9 % en 2019, según refleja el informe del Consejo General del Poder Judicial “Medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”, de 6 de mayo de 2020. [↑](#footnote-ref-4)
5. Perea González, Álvaro, “Hacer generalidad de la singularidad: pleito testigo y extensión de efectos. ¿Una nueva tutela del conflicto privado”, *Diario la Ley,* Nº 9676, págs. 4 y 5. cuestiona la pretendida identidad de los conflictos inter privados y con ello la oportunidad de la inclusión en el procedimiento civil del pleito testigo y de la extensión de efectos. [↑](#footnote-ref-5)
6. Principios que fueron definidos por primera vez en la STJUE de 16 de diciembre de 1976 (C-33/76, Rewe I), como límite a la autonomía procesal de los Estados para regular las modalidades jurisdiccionales para el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el Derecho comunitario. [↑](#footnote-ref-6)
7. Vélez Toro, A. J., “La estructura del Juicio Verbal según el proyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, *El proceso en tiempos de cambio,* (directora Arrabal Platero, Paloma), Ed. Colex, A Coruña, 2023, p. 144. [↑](#footnote-ref-7)
8. Con cita de las STJU deE 8 de julio de 2010 (C‑246/09, Bulicke). [↑](#footnote-ref-8)
9. Asumimos que los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación son algo distinto del deber de transparencia de origen comunitario que se deriva del art. 5 de la Directiva CEE 13/1993, que tiene el mismo alcance que el control de transparencia sobre el objeto del contrato de art. 4.2 de la misma directiva, según ha dispuesto el Tribunal de Justicia en la STJUE de 3 de octubre de 2019, (C-612/Kiss y CIB Bank). [↑](#footnote-ref-9)
10. Pese a la omisión al respecto en el art. 438 ter LEC, Reyna Queroll, Nuria, “El proceso testigo en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal”, *Justicia*, 2022, Nº 1, pág. 93, aboga por el alzamiento de la suspensión también en caso de archivo provisional del procedimiento seleccionado como testigo [↑](#footnote-ref-10)
11. Ortells Ramos, Manuel, “Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa”, cit., pág. 16, reclama la necesidad de la introducción en la LEC de una norma clara en ese sentido. [↑](#footnote-ref-11)
12. En ese sentido, ha afirmado Quesada López, Pedro Manuel, *El principio de efectividad del derecho de la Unión Europea y su impacto en el derecho procesal nacional*, Iustel, 2019, págs. 135 y 156, que el trámite procesal evaluado bajo la óptica del principio de efectividad forma parte de un complejo sistema procesal interno, en el que el derecho comunitario no puede penetrar de manera invasiva e indiscriminada, si bien percibe una tendencia ultra extensiva del Tribunal de Justicia de la UE en la aplicación de este principio, que paulatinamente ha ido debilitando la autonomía procesal de los estados [↑](#footnote-ref-12)