

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES A TRAVÉS DEL PLEITO TESTIGO O LA ILUSIÓN DEL LEGISLADOR

Por

MARÍA ÁNGELES PÉREZ MARÍN ¹
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

mapmarin@us.es

Revista General de Derecho Procesal 60 (2023)

RESUMEN: La protección de los derechos de los consumidores se desarrolla a través del ejercicio de acciones individuales y de acciones colectivas, estando fijada la legitimación para cada una de aquellas en los arts. 11 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con base en estos se ha creado un entramado jurídico destinado a permitir que las sentencias en las que se resuelvan acciones colectivas puedan, conforme a los arts. 221.1.1ª y al art. 519, ser aplicadas a los no intervinientes en el proceso, y, en su caso, incoar la ejecución cuando el obligado por la sentencia no hubiera hecho frente a la obligación reconocida en aquella.

Ante las limitaciones que presenta este sistema de extensión de efectos y ante el aumento de la litigiosidad derivado de las quiebras apreciadas en los ámbitos del tráfico jurídico en los que se opera a través de cláusulas predispuestas, el legislador se ha propuesto dar entrada al pleito testigo como instrumento con el que pretende reducir el número de controversias litigiosas. Se abre, así, el proceso civil a esta forma de litigar, y a la extensión del fallo de la sentencia que resuelve el pleito testigo, con la finalidad de disminuir el número de litigios en el ámbito de la contratación en masa y de complementar el vigente sistema de extensión de efectos de las sentencias dictadas al amparo de acciones individuales.

Analizaremos los aspectos más controvertidos de ambas figuras para comprobar si la opción del legislador permitirá alcanzar aquellas cotas de eficiencia que busca a través de la propuesta legislativa desarrollada en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Acciones individuales, acciones colectivas, condiciones generales de la contratación, proceso testigo, extensión de efectos.

SUMARIO: I. LA EXTENSIÓN DE EFECTOS Y EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS. 1. Acciones individuales y colectivas. 2. Los efectos de la sentencia dictada como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva. II. EL PLEITO TESTIGO EN EL PROCESO CIVIL. 1. La ampliación del sistema de extensión de efectos: el proceso testigo como cauce. 2. El proceso testigo contencioso-administrativo y el proceso testigo civil. 3. Los requisitos de las condiciones generales que son objeto de un pleito testigo. III. LA CONEXIÓN ENTRE EL PROCESO TESTIGO Y LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA. IV. LAS ALTERNATIVAS FRENTE A LA EXTENSIÓN DE EFECTOS. 1. El desistimiento del proceso suspendido. 2. La continuación del pleito suspendido y sus efectos sobre las costas. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

¹ Investigadora responsable del Grupo de Investigación SEJ-308, *La Administración de Justicia en España y América*.

PROTECTION OF CONSUMERS' RIGHTS THROUGH MODEL PROCESS OR THE LEGISLATOR'S ILLUSION

ABSTRACT: The protection of consumers' rights is developed through the exercise of individual and collective claims, the legal standing for each of these being established in articles 11 and 15 of the Spanish Civil Procedure Act. On the basis of these, a legal framework has been created to allow judgments in which collective claims are resolved to be applied to non-intervenors in the proceedings, in accordance with Articles 221.1.1^a and 519, and, where appropriate, to initiate enforcement when the person obliged by the judgment has not met the obligation recognised in the judgment.

In view of the limitations presented by this system of extension of effects and the increase in litigation arising from the defects found in the areas of legal transactions in which prearranged clauses are used, the legislator has proposed the introduction of the model process as an instrument with which to reduce the number of litigious disputes. Civil proceedings are thus opened up to this form of litigation, and to the extension of the decision of the judgement that resolves the model process, with the aim of reducing the number of disputes in the field of mass contracting and of complementing the current system of extending the effects of judgements handed down under the protection of individual actions.

We will analyse the most controversial aspects of both figures in order to check whether the legislator's option will make it possible to achieve the levels of efficiency sought through the legislative proposal developed in the Draft Law on Procedural Efficiency Measures for the Public Justice Services.

KEYWORDS: Individual actions, collective actions, pre-determined clauses, model process, extension of effects.

SUMMARY: I. THE EXTENSION OF EFFECTS AND THE EXERCISE OF INDIVIDUAL AND COLLECTIVE ACTIONS. 1. Individual and collective actions. 2. The effects of a judgement handed down as a result of the exercise of a collective action. II. THE MODEL PROCESS IN CIVIL PROCEEDINGS. 1. The extension of the system of extension of effects: the model process as a channel. 2. The model process in the contentious-administrative jurisdiction and the model process in the civil jurisdiction. 3. The requirements of the general conditions that are the subject of a model process. III. THE CONNECTION BETWEEN THE MODEL PROCESS AND THE EXTENSION OF THE EFFECTS OF THE JUDGEMENT. IV. ALTERNATIVES TO THE EXTENSION OF EFFECTS. 1. The dropping of the suspended claims. 2. The continuation of the suspended claim and its effects on the costs of proceedings. V. BY WAY OF CONCLUSION.

I. LA EXTENSIÓN DE EFECTOS Y EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

1. Acciones individuales y colectivas

El sistema construido en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (en adelante LEC) para garantizar la protección de los derechos de los consumidores se basa, como sabemos, en el ejercicio jurisdiccional de dos tipos de acciones, individuales y colectivas, que no se diferencian en atención al número de litigantes que intervienen en el proceso, sino en función de la naturaleza de los intereses cuya protección se pretende -colectivos o particulares-, así como en la legitimación reconocida para ejercitar cada una de ellas.

Toda vez que el derecho procesal civil gira, en general, en torno a las controversias surgidas en las relaciones jurídico-privadas del particular, es evidente que este, también en su calidad de consumidor, debe estar legitimado para reclamar una solución jurisdiccional específica y propia frente a la transgresión de los derechos que, como tal, le han sido reconocidos, por lo que no es imaginable la exclusión del ejercicio de acciones dirigidas a obtener la protección individualizada de derechos, ya que ello entraría en clara confrontación con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE. Está, por lo tanto, justificada la existencia de un sistema que permita obtener, a quien reúna la condición de consumidor, una solución para su situación específica a través del ejercicio directo de acciones individuales.

Por su parte, la pretensión que se plantea a través del ejercicio de una acción colectiva goza de un alcance distinto del abarcado por la sostenida individualmente, porque no procura la solución del problema en el que, de forma exclusiva o individual, se encuentran inmersas las partes del proceso, especialmente si tenemos en cuenta que en algunos supuestos ni siquiera es necesario que estas hayan sido concretadas, sino que solicita del órgano jurisdiccional un análisis de la situación que concierne a una pluralidad de personas, ya se encuentren estas determinadas, sean fácilmente determinables o, debido a la índole de los intereses que se discuten, el número de afectados sea de imposible precisión al tiempo de dictarse sentencia. No estamos, así, ante acciones que necesariamente busquen resolver, de forma particular, cada una de las situaciones en las que se puedan encontrar los potenciales perjudicados, si bien ello no puede menoscabar la protección inmediata de aquellos que hubieran sido concretados y cuya controversia debe ser resuelta ya sea porque los afectados estén identificados en el momento de ejercitar la acción colectiva, ya sea porque estos hayan acumulado una pretensión individual a la colectiva ejercitada.

Por ello, el otro gran pilar diseñado para la defensa de los consumidores está integrado por las acciones colectivas y tampoco estas pueden ser suprimidas, pues atienden a la salvaguarda de los intereses que trascienden de la esfera de un consumidor o de un grupo más o menos amplio de consumidores identificados para abarcar a la colectividad en tanto que sociedad de consumo. Aun desenvolviendo cada uno de los componentes del grupo sus respectivas relaciones de forma particular, estos pueden ver menoscabados sus intereses por un mismo hecho, permitiendo nuestro ordenamiento que se reúnan para procurar una solución jurisdiccional común cuando el daño causado sea semejante. Como trasunto, el art. 11.1 LEC reconoce legitimación activa, en general, a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los derechos de los consumidores como conjunto más o menos amplio y no de cada uno de ellos individualmente considerados.

Se aclara en el apartado 2 de dicha norma que, cuando los perjudicados conformen un grupo cuyos componentes se encuentren perfectamente determinados, o sean fácilmente identificables, la legitimación para defender los intereses colectivos corresponderá a las asociaciones de consumidores, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de estos y a los propios afectados constituidos como grupo. Pero también la colectividad abstracta, en los casos en que no pueda ser señalado el número de perjudicados, debe tener derecho a obtener una solución frente a situaciones generalizadas que vulneran o potencialmente puedan vulnerar los intereses de aquella pluralidad indeterminada de personas, por lo que el apartado 3, relativo a la defensa de los intereses difusos, atribuye legitimación activa a las asociaciones de consumidores que, conforme a la ley, sean representativas².

Cabe decir que el ejercicio de las acciones colectivas debería evitar los bloqueos que provoca en determinados supuestos el ejercicio de las acciones individuales, porque la sentencia que pudiera recaer en el proceso generado por las primeras resuelve una situación más o menos global, esto es, de un conjunto de personas, esquivando el riesgo que supone la interposición de tantas demandas como interesados conformen la colectividad. Efectivamente, las acciones individuales, que únicamente pueden ser ejercidas por el afectado, favorecen un goteo incesante de demandas independientes sobre cuestiones similares, que acogen pretensiones con objetos iguales y que requieren de una respuesta análoga a través de sentencias cuyos fallos deben ser del mismo tenor para ofrecer idéntica solución frente a tales situaciones iguales.

Dejando a un lado lo que significa para nuestros tribunales, especialmente en términos de trabajo y tiempo, la interposición sucesiva de demandas que incorporan pretensiones idénticas o en las que se aprecia análogas situaciones jurídicas, sucede en la práctica que no es posible garantizar que las mismas situaciones -idéntica materia, objetos similares, pretensiones equivalentes y evolución fáctica semejante- vayan a ser resueltas con fallos parejos, especialmente si hubieran sido planteadas en demandas

² Sobre la legitimación para el ejercicio jurisdiccional de las acciones colectivas, en general, véanse ORTELLS RAMOS, M., "Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia", *Revista General de Derecho Procesal*, 2016, n.º 38, pp. 1-47, esp. pp.11 a 45, en https://www-iustel-com.us.debiblio.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416944&d=1 (último acceso, 23 de febrero de 2023) y "Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España", *Revista General de Derecho Procesal*, 2019, n.º 48, pp. 1-46 en https://www-iustel-com.us.debiblio.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421449 (último acceso, 23 de febrero de 2023); GASCÓN INCHAUSTI, F., "Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)", en Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M. (Dirs.) *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 891-967, esp. pp. 920 a 841;

diferentes y hubieran dado lugar a procesos autónomos dirimidos ante órganos distintos³.

Además, el legislador ha previsto que los procesos en los que se ejercita una acción colectiva puedan ser acrecidos con la acumulación de una o varias acciones individuales sostenidos por los consumidores o usuarios que, adheridos a título particular, hubieran tenido conocimiento de la existencia del proceso iniciado y sean perjudicados por los hechos discutidos⁴. Estas acciones individuales acumuladas a la colectiva deben estar

³ En general, y no ciñéndonos ahora al ámbito específico de la protección de los consumidores, para conjurar esta situación el legislador introdujo en la LEC diferentes opciones, tales como la acumulación de acciones y autos -precisamente este último caso para evitar que los enjuiciamientos separados de pretensiones en los que alguna sentencia pudiera tener la condición de prejudicial respecto de otras o para los casos en los que se apreciara el riesgo de que, a pesar de estar ante situaciones iguales, pudieran ser dictadas sentencias contradictorias-, siendo un caso específico el de la acumulación de acciones reconocida en el art. 76.2.2º LEC que, para la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en una misma junta o asamblea de socios, ordena que el reparto de las demandas sucesivas interpuestas por los socios durante un plazo de cuarenta días hábiles desde la presentación de la primera demanda se haga al mismo juzgado, con el fin de que un solo órgano jurisdiccional conozca, de forma acumulada, de todas las demandas que se sostienen sobre la misma pretensión: la impugnación de los acuerdos alcanzados por la junta celebrada. Véase una crítica a la regulación actual sobre la acumulación, y que hace imposible atender los derechos de las partes en los casos de acumulaciones masivas, en ORTELLS RAMOS, M., "Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia", op. cit., pp.35-40. Del mismo autor, "Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa", 2021, n.º 54, pp. 1-51, esp. pp. 3 a 12 en https://www-iustel-com.us.debiblio.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423756 (último acceso 23 de febrero de 2023).

⁴ El art. 15.1 LEC indica que en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores o usuarios del producto o servicio que dio origen al proceso para que haga valer su derecho individual. Véase, en este sentido, MARÍN LÓPEZ, J.J., "Las acciones de clase en el Derecho español", *InDret*, julio de 2021, p. 6, en <https://indret.com/las-acciones-de-clase-en-el-derecho-espanol/> (último acceso, 19 de enero de 2023): "Conviene retener que la legitimación reconocida en favor de grupos, asociaciones y entidades para el ejercicio de acciones de clase no impide el ejercicio individual de la acción indemnizatoria por el particular que ha sufrido los daños, o por varios de ellos que, acumuladamente y en el mismo proceso, solicitan sus respectivas indemnizaciones. Se trata de una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, que ha de permitir al ciudadano lesionado por un hecho dañoso la obvia posibilidad de acudir a los Jueces en solicitud de una reparación para sí mismo" (fecha de consulta, 12 de febrero de 2023); GASCÓN INCHAUSTI, F., "Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de ley de transposición", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, (marzo, 2017), pp. 125-152, esp. pp. 131 a 134.

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, y por la que se deroga la Directiva 2009/22 /CE (DOUE n.º L 409, de 4 de diciembre de 2020, pp. 1-27) impone en su art. 4 que las acciones colectivas sean ejercitadas por entidades representativas habilitadas, lo cual excluye la posibilidad de que puedan ser válidamente interpuestas por personas físicas a título individual o en representación de un grupo de consumidores. Al respecto véase GASCÓN INCHAUSTI, F., "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, (octubre, 2020), pp. 1290-1323, esp. pp. 1299 a 1301; AGUILERA MORALES, M., "Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva en manos de la Directiva (UE) 2020/1828", *Revista española de Derecho Europeo*, n.º 78-79, pp. 97-138, esp. p. 108, respecto de las modificaciones relativas a la competencia para

basadas en los mismos hechos sobre los que se asienta esta última y permiten aprovechar la tramitación de la acción “de grupo” para resolver las consecuencias específicas que, derivados de tal controversia “colectiva”, atañen solo al consumidor adherido⁵. No obstante, la compleja redacción del art. 11 LEC ha dado lugar a distintas interpretaciones jurisprudenciales, no pudiéndose afirmar con rotundidad que este precepto acoja, de forma indubitada, la acumulación de acciones individuales a la colectiva ejercitada⁶.

El sistema que ha originado la conjunción del ejercicio de acciones colectivas e individuales, con la correspondiente discusión relativa a los efectos de la cosa juzgada recaída en las primeras con respecto a las segundas, y las demás decisiones adoptadas por el legislador para construir el ámbito de protección de los derechos e intereses de los consumidores se han mostrado insuficientes, discutibles y no siempre acordes con los estándares europeos de protección, por lo que nos encontramos inmersos en un conjunto de transformaciones que requieren de una extraordinaria pericia legislativa para ofrecer soluciones eficaces y hacer frente a los problemas que en este contexto se han ido observando en los últimos tiempos.

2. Los efectos de la sentencia dictada como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva

Hemos de tener en cuenta que, a pesar de estar referido a una colectividad, el pronunciamiento que resuelve la pretensión planteada a través de una acción colectiva no puede ser, con la regulación vigente, directamente aplicado a los consumidores que no intervinieron en el proceso, aunque su situación fuera subsumible en los parámetros

conocer de las condiciones generales de la contratación, y pp. 109 a 113, en las que analiza los elementos nucleares del nuevo instrumento jurídico.

⁵ Para la acción de cesación, el art. 12.2 LCGC reconoce la posibilidad de que a esta sea acumulada, como accesoria, la reclamación de la devolución de las cantidades pagadas en virtud de las cláusulas cuya cesación se insta, así como la indemnización de daños y perjuicios. La STC, Sala Segunda, 148/2016, de 19 de septiembre, ECLI:ES:TC:2016:148, que citamos por todas por ser la primera que se pronunció sobre este aspecto, considera en su F.J. 2 que, a tal fin, los interesados podrán confiar la defensa de sus intereses a la entidad legitimada o podrán ejercitar de forma acumulada una acción individual de nulidad con la condición de que el Juzgado competente así lo admita. Vid., así, FERRERES COMELLAS, A., “Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas”, *Actualidad Jurídica Uría Méndez*, 2017, n.º 45, pp. 23-35, esp. pp. 25 a 27, en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5314/documento/art02.pdf?id=6964>, (último acceso :31 de enero de 2023) y ORTELLS, “Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa”, op. cit., esp. p. 9.

Vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., “La intervención de los consumidores afectados en los procesos colectivos”, en Gómez Colomer, J.L. y otros (Coords.) *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 761-782.

⁶ ORTELLS RAMOS, M., “Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa”, op. cit., esp. pp. 3 a 10.

definidos por la sentencia dictada para resolver la pretensión. A pesar de que en el escenario de la protección de consumidores no podemos establecer criterios generales, toda vez que la resolución que se dicte estará directamente relacionada con la situación jurídica de los perjudicados, se deduce de la LEC el intento de que los interesados se personen en el proceso iniciado cuando sean conocidos, tal y como comprobamos en el art. 15.1 LEC, para que, en la medida de lo posible, el grupo esté determinado y los afectados puedan hacer valer sus intereses respecto de la situación discutida⁷. De ello derivan dos reflexiones: por un lado, que si los consumidores están en el proceso podrán adoptar decisiones que redundarán directamente en los intereses que se encuentran en juego, no dependiendo los afectados no intervinientes de estrategias ajenas en las que no pudieron participar; en segundo lugar, que ello facilitaría, conforme advierte el art. 221.1.1^a LEC en su párrafo primero, la determinación individual en la sentencia de los consumidores que han de entenderse beneficiados por la misma.

Por su parte, las resoluciones dictadas en los procesos en los que se dirima la protección de intereses difusos, y, por lo tanto, no siendo fácilmente calculable el número de perjudicados, referirán su fallo a lo planteado por quienes se personaron como consecuencia del llamamiento efectuado por el letrado o letrada de la Administración de Justicia, si bien, los efectos de estas sentencias no pueden quedar constreñidos al ámbito subjetivo de las partes, dándose la circunstancia de que la propia entidad de los derechos en juego no permite concretar, de forma exacta, las personas a las que el fallo concierne. Por ello, y aun prohibiendo el art. 15.3 LEC la personación individual una vez transcurrido el plazo de dos meses de suspensión⁸ y, por consiguiente, la adhesión posterior en el proceso, deja a salvo la vía del art. 519 LEC que se alza como el medio que permite instar la ejecución de la sentencia a aquellos consumidores y usuarios beneficiados por el fallo, a pesar de no haber participado en el proceso y de no haber sido expresamente identificados. En relación con lo expuesto, el párrafo segundo del art. 221.1.1^a LEC advierte que si la determinación individual no hubiera sido posible, la

⁷ Vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., “La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva”, *InDret*, octubre 2015, <file:///Users/angelaperezmarin/Downloads/304375-Text%20de%20l'article-427524-1-10-20160129.pdf> (último acceso: 23 de mayo de 2023), esp. p. 10, en lo relativo a la posibilidad de litigar colectivamente, y pp. 18 a 21, en las que la autora hace un análisis de la legitimación y de las posibilidades de intervención reconocidas al consumidor individual y las dificultades que nuestro ordenamiento no ha conseguido superar.

⁸ Podemos leer en el art. 15.3 LEC que, en los casos relativos a la defensa de intereses difusos, el llamamiento que debe realizar el LAJ, suspenderá el proceso por un plazo máximo de dos meses, siendo fijado el plazo, en cada caso, en función de las características y la complejidad que aprecie el propio LAJ. Continúa diciendo la norma que, transcurrido el plazo, el proceso se reanuda con los consumidores que hayan acudido al llamamiento, “no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley”.

sentencia estimatoria de la demanda establecerá “los datos, característica y requisitos necesarios” para que quienes se consideren beneficiados puedan exigir el cumplimiento de la obligación afirmada en la resolución, porque la cosa juzgada material afectará no solo a las partes, sino, como estipula el art. 222.3 LEC, también “a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 y 11 bis de esta ley”.

Aquella extensión de efectos prevista en el art. 519 LEC es la posibilidad que tienen los no intervinientes para solventar la controversia que les concierne cuando esta sea subsumible en la situación jurídica definida en la sentencia que resolvió la pretensión relativa a intereses difusos, ya que los efectos de cosa juzgada material de la resolución impedirían volver a plantear, nuevamente, una pretensión que ya fue resuelta. Parece deducirse pues -con todos los matices que queramos o debamos añadir-, que ante la imposibilidad de discutir idéntica pretensión -efecto negativo de la cosa juzgada material-, que es de lo que se trata, a quien se encuentra incurso en la situación jurídica resuelta por la sentencia le queda el camino de la ejecución de la misma, pero no el de volver a impetrar una solución para “su” caso, porque “su” caso ya fue resuelto en la sentencia dictada.

El trámite previsto en el expediente del art. 519 es prueba, también, de que nuestro ordenamiento no prohíbe en términos absolutos la extensión *ultra partem* de los efectos de la resolución recaída como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva -que por propia naturaleza debe tener vocación de generalidad-, sino la aplicación directa de la misma a la controversia particular del afectado no interviniente. Luego este artículo no se compadece con una imposibilidad de extender los efectos de la sentencia, pero exige para autorizarla que el tribunal sentenciador atienda a los presupuestos que permitan identificar a los consumidores no intervinientes y que no pudieron ser individualmente concretados⁹.

De esta forma, quien no quiso participar -puesto que el legislador no obliga al consumidor a intervenir en el proceso instado al amparo del ejercicio de una acción colectiva- o quien no pudo hacerlo -por desconocimiento o por haber transcurrido el plazo de preclusión previsto para invocar la intervención-¹⁰, podrán beneficiarse de una

⁹ El art. 519 LEC regula el incidente a través del cual, cuando la sentencia condenatoria dictada en un proceso de los 3333s en la regla primera del art. 221 LEC no hubiese identificado a los consumidores individualizados beneficiados, quienes se consideren beneficiarios, a solicitud de uno o varios interesados, mediante auto, el tribunal determinará si los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia permiten entender que la sentencia puede ser aplicada a la situación en la que estos se encuentran.

¹⁰ Véase al respecto el art. 15 LEC y, más concretamente, el apartado 3 *in fine*, que no permite la adhesión individual de los consumidores una vez transcurrido el periodo de suspensión de dos meses posterior al llamamiento efectuado por el LAJ en los procesos relativos a los hechos que

sentencia que les resulta favorable sin tener que pasar por el correspondiente proceso declarativo, siempre y cuando se aprecie una identidad entre su situación jurídica y la discutida en el proceso. Esto es, el legislador obliga a comprobar una suerte de identidad entre la situación resuelta en abstracto y la situación individualizada de cada uno de los posibles perjudicados, pudiendo en tal caso el interesado no interviniente instar la ejecución de la sentencia de forma individual o reclamar la intervención en la ya incoada por la entidad o asociación que fue parte actora en el proceso declarativo¹¹.

Aunque la regla 3ª del art. 221.1 LEC dispone que la sentencia deberá resolver específicamente las pretensiones de los consumidores personados a título individual - igual que la regla 1ª refiere tal requisito a los procesos en el que se ejercitó la acción colectiva en defensa de intereses colectivos-, ni este precepto, ni ningún otro, ha previsto que el consumidor pueda reclamar la ejecución del fallo resolutorio de una pretensión individual para que sea aplicado a su situación.

Tengamos en cuenta, a mayor abundamiento, que la ejecución de la que habla el art. 221.1.3ª LEC o la intervención en la ya iniciada es siempre "individual" o, lo que es lo mismo, tiene lugar a instancia de parte interesada, debiendo partir la solicitud del propio consumidor, porque se trata de extrapolar la sentencia colectiva a cada situación específica, sin olvidar que el auto que autoriza a intervenir en la ejecución ya comenzada no deja de provocar una suerte de acumulación de ejecuciones cercana a la prevista en el art. 555 LEC. Pensemos que quien se incorpora a la ejecución aprovecha el cauce procedimental abierto en el sentido de que no tiene que incoarlo, pero no está obligado a seguir y aceptar los actos de los demás ejecutantes,

Como la ejecución, cualquiera que sea la modalidad, requiere de un título que, entre otros aspectos, avale la legitimación del ejecutante y la sentencia colectiva no puede concretar la legitimación individual de quien no fue parte, porque esta solo define las características de quien es beneficiado por la misma, no es suficiente con reconocer la posibilidad de que el interesado pueda, de una u otra forma, obtener la aplicación de aquella, sino que es necesario comprobar que aquel reúne las condiciones dispuestas por la resolución para que el fallo le sea extendido y para poder requerir la ejecución. Siguiendo con lo anterior, dado que los no participantes no pueden aportar como título ejecutivo la resolución dictada, lo que promueve el trámite del art. 519 LEC es que el consumidor pueda obtener el reconocimiento de la legitimación que le corresponde

afecten a una pluralidad de personas que no pueden ser identificadas o que no son fácilmente identificables, sin perjuicio de que puedan acudir a la vía del art. 519 LEC.

¹¹ Ha de entenderse que estas asociaciones deben ser suficientemente representativas, porque es el requisito que establece el art. 11.3 LEC para reconocer legitimación a las asociaciones de consumidores en los procesos relativos a la protección de los intereses difusos. En el caso de que la sentencia cuya ejecución sea instada hubiera sido dictada en un proceso relativo a la protección de intereses colectivos, no será preciso comprobar el cumplimiento de dicho requisito.

cuando sean apreciados los supuestos de la regla 1ª del art. 221 LEC, autorizándosele, entonces, a instar la ejecución por apreciarse identidad de situaciones. El auto que resuelve positivamente dicho trámite incidental es, por lo tanto, el complemento de la sentencia y actúa como título ejecutivo de la obligación afirmada en esta, en una suerte de título ejecutivo complejo.

Si lo vemos desde otra perspectiva, lo que resuelve el auto que pone fin al incidente del actual art. 519 LEC es que ambas situaciones jurídicas -la individual del consumidor que no intervino y la valorada por el tribunal como objeto del proceso tramitado- son equiparables, lo cual permite declarar que la sentencia del proceso colectivo resulta plenamente aplicable a la situación particular, reconociéndose legitimación al consumidor para iniciar la ejecución o para intervenir en la ejecución iniciada por otro.

Por ello, y aunque dicho precepto se encuentra en sede de ejecución y lleva por título *Acción ejecutiva reconocida a los consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados*, la norma no está previendo un trámite ejecutivo propiamente dicho, sino que detalla un *prius* necesario, esto es, el cauce que permite comprobar la concurrencia de la legitimación de los no intervinientes al resultar alcanzados por el efecto material de la cosa juzgada de la sentencia y cuya ausencia impediría el acceso a la ejecución.

Por otro lado, hemos adelantado que los pronunciamientos “individualizados” -ya sean los dictados como consecuencia del ejercicio de una acción individual por el particular en un proceso específico, ya los emitidos a través de la sentencia que resuelve la pretensión ejercitada en la acción colectiva a la que se adhieren uno o varios consumidores a título particular¹²- estarán referidos, respectivamente, a los hechos que definen las pretensiones individuales planteadas y a la pretensión colectiva en las condiciones que refiere el art. 15 LEC y no son extrapolables a otros casos individuales no discutidos pese a que entre ellos se advirtiera una clara identidad. Lo que sucede es que la extensión de la sentencia dictada para resolver una situación individual a otra situación individual no ha sido prevista por el legislador en el orden civil y carece de cauce en la LEC, no habiéndolo sido, tampoco, la extensión de la sentencia dictada en un proceso en el que se discuten intereses colectivos de un grupo cuyos componentes han sido perfectamente identificados.

Ante las carencias que presenta este sistema de extensión de efectos -pensado inicialmente para ser aplicado de una situación colectiva en la que estuvieran en juego intereses difusos a una individual, pero no al contrario, ni de una situación individual a

¹² Recuérdese, sin ir más lejos, que el art. 15.1 ordena el llamamiento al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados para que hagan valer su derecho o interés individual o que, el párrafo 3, también arbitra la vía para que, en el caso de la protección de derechos difusos, puedan incorporarse al proceso los consumidores afectados.

otra individual-, y advertido el aumento de la litigiosidad derivado de las quiebras apreciadas en la órbita de las condiciones generales de la contratación, el legislador se ha propuesto dar entrada al pleito testigo como instrumento para reducir el número de controversias litigiosas, proclamando una aparente simplificación en la resolución de los conflictos al afirmar que la sentencia dictada en un proceso en el que la parte actora discute a título individual, y a través del ejercicio de una acción individual -ya se trate de una sola pretensión o de una acumulación de pretensiones de la misma naturaleza-, la validez de alguna de las condiciones generales que componen el contrato al que quedó vinculado, pueda ser aplicada a otras situaciones individuales sustancialmente similares.

Se abre, así, la esfera del proceso civil al pleito testigo y a la extensión del fallo de la sentencia que lo resuelve, instituciones procesales que habían encontrado su sede tradicional en el orden contencioso-administrativo, siendo una de las finalidades perseguida con esta decisión la disminución del número de litigios en el dominio de la contratación en masa y, otra, la complementación del vigente sistema de extensión de efectos de las sentencias para sortear los inconvenientes del ejercicio de acciones individuales¹³.

II. EL PLEITO TESTIGO EN EL PROCESO CIVIL

La situación provocada por la pandemia en el contexto judicial determinó que desde el Ministerio de Justicia se impulsaran medidas para solventar el colapso que los meses de confinamiento total estaban generando, ofreciéndose en aquel momento, como sabemos, soluciones temporales y, por tanto, con vigencia limitada, que permitían suspender la tramitación procedimental, continuar las actuaciones procesales en condiciones especiales o, en su caso, retrotraerlas. Aprovechando esta coyuntura, el legislador tomó la decisión de abordar reformas en casi todos los órdenes jurisdiccionales -muchas de las cuales se encuentran en el actual *Proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia* (en adelante PLMEP)-, con el objeto de diseñar un sistema procesal con mayores cotas de eficiencia y agilidad, en el sentido de lograr mayor rapidez en la resolución de los conflictos litigiosos a un menor coste, y de comenzar a aliviar el bloqueo endémico de los órganos jurisdiccionales españoles, pretendiendo hacer efectivo el principio de economía procesal en su acepción más amplia.

¹³ Un análisis sobre la litigación en masa puede verse en MARTÍN PASTOR, J., "Sobre la aplicación de las técnicas de tratamiento de la litigiosidad masiva", en Martín Pastor, J. y Juan Sánchez, R., *El Derecho Procesal: entre la Academia y el Foro*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022, pp. 315-393.

En el proceso civil destaca la incorporación del pleito testigo, que va acompañado, como complemento imprescindible, de una modificación del art. 519 LEC, cuya redacción actual pasará a ser su apartado 1 y que amplía su contenido al añadirse seis apartados nuevos que contendrán la regulación que permitirá extender los efectos de la sentencia dictada en aquel y que, en realidad, vendrá a ser el elemento que dotará de eficacia a la propia sentencia testigo. Esta exportación al ámbito civil de instituciones propias de otros órdenes jurisdiccionales circula, según el legislador, sobre los raíles de aquel interés “eficientista” que hoy rodea al proceso.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión no reside en si es posible o no trasladar instituciones de un orden jurisdiccional a otro, sino en determinar si tal incorporación encaja de forma “eficiente” en el proceso civil, valorar, en su caso, las dificultades que de ello se deriven y concretar cuáles son las posibilidades de aplicación de las nuevas figuras. En definitiva, se trata de comprobar las condiciones en las que sería factible la tramitación eficaz de un pleito testigo con la correspondiente extensión de la sentencia dictada en el mismo.

1. La ampliación del sistema de extensión de efectos: el proceso testigo como cauce

El contexto elegido para poner en práctica la nueva técnica procesal es, como hemos dicho, el de las condiciones generales de la contratación.

Las transformaciones que ha ido sufriendo en los últimos años este sector del tráfico jurídico provocaron una ola de reclamaciones de los consumidores que, en general, tuvieron su origen en las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), siendo paradigmática la sentencia de 21 de diciembre de 2016¹⁴ que, de forma prejudicial, vino a declarar abusivas las cláusulas suelo de las que no se desprendía una transparencia material. Como consecuencia, resultaban contrarias a los estándares de protección fijados por la Unión las cláusulas asociadas a los contratos de adhesión -o aquellas cláusulas que por sí mismas tuvieran la consideración de condición general de la contratación- celebrados en nuestro ordenamiento, por dos motivos: uno, por la falta de claridad o de transparencia de la propia cláusula, y otro, por el contenido abusivo de la misma. Con respecto al primero, tenemos que aclarar que una cláusula que no es transparente impide que el consumidor pueda conocer los efectos - jurídicos y económicos- derivados de aquella, mientras que el segundo de los motivos,

¹⁴ STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016, Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA contra Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu, As. Ac. C-154/15, C-307/15, C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.

esto es, el contenido abusivo de la cláusula, debe ser interpretado como el desequilibrio que pudieran provocar las condiciones no pactadas, o predispuestas, entre los derechos y las obligaciones de las partes por apartarse de los presupuestos fijados por la Unión en la Directiva 93/13/CEE¹⁵, y ello con independencia de su mayor o menor transparencia¹⁶.

La problemática alcanzó niveles insospechados, llegándose incluso a poner en duda en el imaginario popular la licitud de la actividad comercial desarrollada conforme a condiciones que el profesional o empresario predisponentes introducen de forma unilateral en el contrato y que deben ser aceptadas por el adherente para perfeccionar el negocio jurídico. Ha de hacerse hincapié en que esta clase de contratación no es nula por esta circunstancia, ni lo es el clausulado del contrato, ni el adherente estaba entonces, ni lo está hoy, obligado a aceptar necesariamente, y sin negociar, todas las condiciones impuestas por el predisponente, porque, en ningún caso, la regulación española, que sigue en dicho aspecto a la europea, prohibía la posibilidad de pactar el contenido de algunas de las condiciones contractuales¹⁷. Ello no significa, sin embargo, que se admita en este entorno la negociación propia de la contratación tradicional, y no solo porque esto suponga una transformación de la esencia del contrato, pasándose a aplicar la regulación dispuesta en el *Código Civil* y del *Código de Comercio*, excluyendo la específica de la *Ley 7/1998, sobre condiciones generales de contratación* (en adelante LCGC), sino porque basar la contratación en masa en las reglas de la contratación negociada constituiría un claro obstáculo frente a la agilidad imprescindible que debe presidir estos sectores del tráfico.

Pero la complejidad con la que habitualmente estaban -y continúan estando- redactadas las cláusulas, así como el incumplimiento por parte del predisponente de la obligación de facilitar información comprensible sobre ellas, impedía al consumidor adherente alcanzar una idea real de aquello que estaba aceptando o comprender el contenido del contrato y sus consecuencias jurídicas.

El desbordamiento soportado por nuestros tribunales a partir de las resoluciones de la justicia europea y de nuestro Tribunal Supremo dinamitó una estructura procesal que imposibilitaba la tramitación procedimental de las pretensiones en un tiempo razonable, sumándose a ello que el ordenamiento español carecía de frenos eficaces que, dando

¹⁵ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DOCE n.º L 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29-34.

¹⁶ Véase, en el mismo sentido, ARIZA COLMENAREJO, M.J., “Extensión de efectos de la sentencia recaída en el proceso testigo en clave de cosa juzgada”, en González Granda, P., Damián Moreno, J., Ariza Colmenarejo, M.J. (Dirs.), *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Ed. Colex, A Coruña, 2022, pp.86 a 88, esp. p.87.

¹⁷ Vid. art. 82.2 TRLGDCU.

respuesta a las controversias planteadas por el consumidor, y sin perjudicar el derecho a la tutela judicial efectiva, también redujera o limitara el número de litigios para permitir que los órganos jurisdiccionales ejercieran su función en las condiciones de trabajo adecuadas. Una de las primeras medidas adoptadas para afrontar el problema consistió en la especialización, en las diferentes demarcaciones territoriales, de uno o varios Juzgados de Primera Instancia -coloquialmente conocidos como “Juzgados especializados en cláusulas suelo”- a los que se atribuyó de forma exclusiva y excluyente el conocimiento de las demandas relativas a acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en los contratos que documentaban la financiación con garantías reales inmobiliarias, cuando el prestatario fuera una persona física¹⁸, continuando un reguero de reformas posteriores.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el legislador busca en el pleito testigo una de las vías de solución frente al bloqueo que se advierte en el escenario de la litigación en masa y a las dificultades que nacen de la interrelación entre las acciones colectivas e individuales, porque dota a la sentencia dictada en aquel de efectos extensibles para permitir la aplicación del fallo a otras situaciones individualizadas con respecto a las que se aprecie una identidad sustancial, y ello sin necesidad de tramitar nuevos procesos.

Para completar el ámbito material, tanto del proceso testigo como de la nueva regulación de la extensión de efectos derivada de este, se propone la reforma del art. 250 LEC, añadiendo un nuevo ordinal 14º a su apartado 1 a fin de remarcar la idea de que estas nuevas instituciones procesales no son generales, sino que están circunscritas a los juicios verbales en los que se ejerciten acciones individuales relativas a las condiciones generales de la contratación. Seguirá siendo posible, obviamente, acudir a las vías del art. 221 y del art. 519.1, ambos de la LEC, para extender los efectos de las sentencias dictadas en los juicios ordinarios y verbales en los que se hayan ejercitado acciones colectivas para la protección de intereses difusos, tal y como se deduce de las

¹⁸ Recordemos que la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de las condiciones generales de la contratación, ciñó la competencia de los Juzgados de lo Mercantil al conocimiento de las demandas en las que se ejercitaban acciones colectivas, de forma que la competencia para conocer de las demandas relativas al ejercicio de las acciones individuales en aquel ámbito fue desplazada a los Juzgados de Primera Instancia, entrando dicha reforma en vigor el 1 de octubre siguiente. Con fecha 28 de diciembre de 2017, mediante Acuerdo, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial atribuyó, en cada circunscripción territorial, a concretos Juzgados de Primera Instancia el conocimiento exclusivo de las demandas relativas a las acciones individuales reconocidas en la LCGC, especializándolos. Motivaba esta decisión el aumento exponencial de reclamaciones jurisdiccionales que se apreció a partir de 2016, como consecuencia de las resoluciones dictadas por el TJUE, y que puso de manifiesto, como hemos explicado, la imposibilidad de atender las reclamaciones en plazos razonables. En tanto que medida temporal, el número de órganos especializados iría siendo reducido una vez se observase una mayor agilidad en la resolución de los asuntos y, por lo tanto, el correspondiente desbloqueo de nuestros tribunales. En la actualidad, por Acuerdo de 21 de diciembre de 2022, se mantienen prorrogadas las competencias de dieciséis órganos en nueve Comunidades Autónomas.

redacciones modificadas de los ordinales 5º del art. 249 LEC¹⁹ y 12º del art. 250 LEC²⁰, pero queda sin respuesta -más o menos acertada; más o menos correcta- el problema de las acciones colectivas. No queremos decir con lo anterior que el proceso testigo sea una adecuada, sino que el legislador no termina de encontrar una solución definitiva para las acciones colectivas o para las situaciones en las que se vean involucrados un conjunto más o menos concretado de consumidores, adentrándose en la senda del tratamiento parcial de un problema que reclama un tratamiento global.

En concreto, sobre el escenario del pleito testigo queremos incidir en lo siguiente:

1. Como hemos explicado, en el tráfico mercantil es usual que ciertos sectores estén basados, para agilizar la contratación, en condiciones predispuestas, de forma que todos los contratos de la misma clase, celebrados con el mismo proveedor y relativos a los mismos servicios cuentan con idénticas cláusulas contractuales.

2. El art. 2.3 de la LCGC estipula que tendrá la consideración de adherente cualquier consumidor, pero también los profesionales que contraten en este contexto, debiendo ser considerados consumidores cuando hubieran contratado fuera del marco de su actividad o, como indica el TJUE, *con la única finalidad de satisfacer sus necesidades de consumo privado y fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional*²¹. Ello justifica la incorporación de una disposición adicional 4ª a la LCGC -a través de la disposición final 6ª de la LEC- en la que se afirma que, con relación al ejercicio de las acciones individuales o colectivas definidas en esta norma, las referencias hechas en la LEC a los

¹⁹ Art. 249 LEC: “Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

[...]

5º Las demandas en que se ejerciten acciones colectivas relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”.

²⁰ Art. 250 LEC: “Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

12º Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios”.

²¹ Vid STJUE, Sala Tercera, de 25 de enero de 2018, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited As. C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37, y que en su apartado 30 indica que “[...] sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 36)”. En idéntico sentido, STJUE de 14 de febrero de 2019, Sala Segunda, Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen, C-630/17, ECLI:EU:C:2019:123, apartado 88.

consumidores y usuarios deben entenderse hechas a los adherentes, aunque en algún caso estos no disfruten de la condición de consumidor. Siguiendo las matizaciones jurisprudenciales y legales ha de admitirse adherente, pues, a cualquier persona que contrata en este sector, incluyendo a los profesionales y a las personas jurídicas, mientras que alcanzan la consideración de consumidor si lo hacen a nivel particular.

En este sentido, el TJUE ya ha expuesto que la Directiva 93/13/CEE no se opone a que los Estados “pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación”, siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados²².

3. En tercer lugar, la LCGC distingue entre las acciones colectivas previstas en su art. 12²³ y las acciones individuales que refiere en el art. 9²⁴, concretando la LEC la legitimación activa para el ejercicio de cada una de ellas en los arts. 11 y 15.

4. Por último, y siguiendo la regulación de la LEC, las sentencias relativas a la validez de las condiciones generales de la contratación, dictadas en cualquier proceso en el que fue ejercitada una de las acciones colectivas previstas en el art. 12 LCGC, serán aplicables, a través del cauce que ofrece el art. 519, LEC, a aquellas situaciones jurídicas individualizadas que pudieran ser subsumidas en el supuesto de hecho fijado en el párrafo segundo del art. 221.1.1^a LEC, por lo que cuando no fuera posible la determinación individual y el objeto se refiera a intereses difusos, la sentencia establecerá los datos que permitan identificar a quienes, por estar en la misma situación jurídica que la resuelta, puedan instar la ejecución de la resolución o participar en la ejecución de la iniciada para beneficiarse del fallo de dicha resolución. Sin embargo, no es posible extender a otras situaciones jurídicas individualizadas las sentencias dictadas en los procesos en los que se hubieran ejercitado acciones individuales, pues, como bien sabemos, las acciones de naturaleza individual generan un pronunciamiento que únicamente solventa los hechos discutidos, obligando con exclusividad a quienes fueron parte en la controversia que constituye el objeto del proceso.

²² STJUE Sala Primera, de 2 de abril de 2020, Condominio di Milano, via Meda contra Eurothermo SpA As., C-329/19, ECLI:EU:C:2020:263, apartado 37.

²³ Acciones de cesación, retractación y declarativa de la naturaleza de una cláusula como condición general.

²⁴ Acciones de nulidad y de declaración de no incorporación de cláusulas generales al contrato.

No es difícil colegir de lo anterior que entre el pleito testigo y la extensión de efectos se pretende, por un lado, complementar el limitado sistema de extensión *ultra partem*, insinuado en el orden civil, ampliándolo a las sentencias dictadas en procesos en los que fueron ejercitadas las acciones individuales previstas en la LCGC , y, por otro, reducir la litigiosidad en un medio que, como el de las condiciones generales, se ha venido mostrando especialmente convulso precisamente como consecuencia de la necesidad de interponer sucesivas demandas a pesar de comprobarse, como afirma el legislador en la Exposición de Motivos PLMEP, que, en la práctica, las situaciones discutidas son similares²⁵.

Se busca, por último, un mayor grado de eficiencia en el sentido de reducir los tiempos de solución de las controversias, al entenderse que será más rápido extender los efectos de la sentencia que pasar por el proceso declarativo correspondiente.

2. El proceso testigo contencioso-administrativo y el proceso testigo civil

En el ordenamiento español, el proceso testigo tiene su sede tradicional en el orden contencioso administrativo, siendo su finalidad simplificar la solución de recursos referidos a situaciones equivalentes o similares y que tienen como nexo común que las pretensiones que conforman el objeto de los respectivos recursos provienen de “un mismo acto, disposición o actuación” o que entre tales actos, disposiciones o actuaciones el vínculo se constate como consecuencia de que unos actos “sean reproducción, confirmación o ejecución de otros”. Cierra este sistema el art. 34 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (en adelante LJCA), con una cláusula abierta que permite advertir la existencia de “cualquier otra conexión directa”²⁶.

²⁵ Podemos leer así, en la Exposición de Motivos del texto del Proyecto de ley publicado en el BOCG, serie A, n.º 97-1, de 22 de abril de 2022, p. 12, que con el procedimiento testigo “se evita la tramitación simultánea o sucesiva de procedimientos judiciales sustancialmente idénticos en aras de garantizar un principio de economía procesal concebido de una manera mucho más amplia.

Existen importantes razones para incorporar este sistema a nuestra regulación procesal civil en esta materia concreta ya que, en muchas ocasiones, los actores utilizan demandas o plantillas iguales o similares para el ejercicio de las mismas pretensiones, de modo que un universo muy amplio de perjudicados termina litigando con demandas prácticamente idénticas”.

²⁶ El apartado 1 del art. 37 LJCA remite al art. 34 al establecer que “[i]nterpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas”. Este último precepto, por su parte, relativo a la acumulación de pretensiones, afirma que serán acumulables las pretensiones que “que se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación” y, en el apartado 2, que “[l]o serán también las que se refieran a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa”.

Al mismo tiempo, el art. 37 LJCA reconoce que, de oficio o a instancia de parte, el órgano jurisdiccional puede, en cualquier momento procesal y previa audiencia de las partes por un plazo de cinco días, acordar la acumulación de los recursos cuyas pretensiones estuvieran referidas a algunos de los actos, disposiciones o actuaciones definidos en el art. 34 LJCA y que vienen a suponer, de igual forma, condiciones que deben ser cumplidas para la acumulación inicial de pretensiones. Si no se hubiesen acumulado las pretensiones ni los recursos que, pendientes ante un mismo tribunal, tuviesen idéntico objeto, se abriría la vía de la tramitación separada y preferente de uno o varios de estos, también previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días para que realicen las alegaciones que a su derecho convengan, suspendiendo el desarrollo de los demás hasta que se dicte sentencia en el primero, pasando este a ser el pleito testigo²⁷.

Podemos percatarnos, por lo tanto, de cierta vocación subsidiaria en la tramitación del pleito testigo que parece tener lugar cuando no se hubiera efectuado la acumulación de pretensiones ni se hubiese concretado aquella acumulación de recursos a la que se refiere el art. 37 LJCA²⁸, a pesar de apreciarse entre ellos la existencia de los criterios de acumulación del art. 34 y que constituyen, a su vez, presupuestos para la tramitación del pleito testigo.

Ya entrando en el proceso civil, podríamos comenzar advirtiendo que aquello a lo que se refiere el legislador con el término “procedimiento” testigo es, en realidad, un verdadero proceso, siendo procedimiento el expediente, incidente o tramitación incidental regulados entre los apartados 1 y 2 del nuevo art. 438 ter introducido en la LEC por el PLMEP, cuya finalidad es, precisamente, determinar si existe similitud entre el objeto del proceso que ya se estuviera tramitando y las pretensiones de las demandas interpuestas con posterioridad²⁹. Debe constarse, por otro lado, una articulación tal entre las pretensiones del proceso y las de las demandas que haga factible la apreciación de

²⁷ Advierte el art. 35.1 LJCA que el actor podrá acumular en su demanda todas las pretensiones que reúnan las condiciones del art. 34 y, por su parte, el art. 37.2 afirma que cuando ante un juez o tribunal estuvieran pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, si no hubieran sido acumulados por el actor tales pretensiones en su demanda o si las partes no hubieran instado la acumulación de recursos, el tribunal “deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días”.

²⁸ Vid. que Cucarella Galiana reconoce que los arts. 37.2 y 111 LJCA prevén el pleito testigo cuando no sea posible acudir a la acumulación de procesos (CUCARELLA GALIANA, I.A., “Litigación masiva, sentencia testigo y derechos fundamentales”, en Martín Pastor, J. y Juan Sánchez, R., *El Derecho Procesal: entre la Academia y el Foro*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022, p. 422.

²⁹ Al respecto, véase, REYNAL QUEROL, M., “Aproximación a la figura del proceso testigo prevista en el Proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, en Cachón Cadenas, M. y Pérez Daudí, V. (Dirs), *Proceso y Consumo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022, pp. 194-196.

identidad de situaciones jurídicas, que es lo que justificará, si nos atenemos a la literalidad de la redacción del art. 519.2 LEC en la redacción dada por el PLMEP, la extensión de los efectos de la sentencia.

Tampoco contiene el art. 438 ter PLMEP regulación alguna sobre los trámites por los que se deberá desenvolver el proceso testigo, porque estos son los propios del juicio verbal que conforma su entorno material, sino que, como decíamos, aborda un escueto desarrollo de la tramitación incidental que permitirá advertir al tribunal si procede declarar la suspensión de las demandas relacionadas con la pretensión que ya estuviera siendo objeto de un proceso anterior o si, en cambio, resulta más adecuado, debido a las condiciones verificadas, impulsar cada demanda de forma independiente y no acordar la suspensión procedimental de estas.

Salvando las diferencias con el contencioso-administrativo, podríamos entender que en el orden civil la primera opción del legislador sería igualmente la acumulación de pretensiones, porque el art. 438 ter PLMEP indica en su apartado 1 que el letrado o letrada de la Administración de Justicia debe dar cuenta al tribunal de que la demanda presentada contiene pretensiones que ya “están siendo objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes”, esto es, que entre las pretensiones que componen el objeto de estos procedimientos y la pretensión de las demandas en cuestión cabe apreciar identidad, de forma que estas, aunque el legislador no lo disponga expresamente, podrían haber sido acumuladas a aquellas que configuran el objeto del proceso que estuviera siendo tramitado.

Asimismo, exige el precepto que las pretensiones versen sobre condiciones generales de la contratación que sean similares, así como que no sea necesario entrar a valorar la transparencia de las mismas ni comprobar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante, de modo que en el proceso que viniera a ser instituido como testigo, y que ya se estuviera desarrollando, las cláusulas discutidas serán idénticas y, por consiguiente, tampoco habrá sido necesario controlar ninguna de tales condiciones.

Al margen de ello, hemos de decir en este momento que el proceso al que se atribuirá la condición de pleito testigo y las demandas, pretensiones y procedimientos posteriores vinculados a aquel deberán estar siendo conocidos por el mismo órgano jurisdiccional³⁰, porque solo de este modo el letrado o la letrada de la Administración de Justicia podrá identificar con la suficiente agilidad que ya se está desarrollando un proceso con igual pretensión y comprobar, en el mismo sentido, la identidad sustancial de las condiciones generales cuestionadas. Siguiendo este argumento, el tribunal solo

³⁰ En el mismo sentido, véase REYNAL QUEROL N., “El proceso testigo en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal”, *Justicia*, 2022, n.º 1, pp. 66-122, esp. pp. 75 y 76.

podrá emitir las copias de las actuaciones del proceso testigo que permitan comprobar, a *priori*, la similitud de pretensiones³¹ o, en su caso, ordenar la continuación del proceso suspendido una vez recaída sentencia en el proceso testigo³² si hubiera conocido de este y fuera el competente, además, para conocer de las demandas paralizadas. No ha sido incluida, sin embargo, referencia alguna a las normas de competencia aplicables, pudiéndose deducir, a partir de la regulación de la LEC sobre acumulación de acciones, que el tribunal deberá tener competencia material para conocer tanto de aquellos procesos que ya hubieran sido iniciados como de las demandas paralizada, pero deberá ser, también, territorialmente competente respecto de todas las pretensiones porque el art. 52.1.14^o LEC recoge que “[e]n los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante”. Por lo tanto, parece que en esta ocasión no podría alterarse la competencia territorial por ser este fuero de carácter imperativo, a diferencia de lo especificado para la acumulación de pretensiones -debido al litisconsorcio pasivo que pudiera generar- y procesos que pudieran estar siguiéndose ante órganos con sede territorial distinta y cuyos objetos, con carácter general, permitan prorrogar la competencia por no corresponder a la acción ejercitada un fuero imperativo. Igualmente, el art. 54.2 LEC establece la nulidad de la sumisión expresa recogida en los contratos de adhesión o en los celebrados con consumidores³³, mientras que el *Real Decreto Legislativo 1/2007* (en adelante TRLGDCU) afirma en su art. 90 que son abusivas la cláusulas que establezcan “la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si este fuera inmueble”³⁴.

³¹ Art. 438 ter.2 PLMEP.

³² Art. 438 ter.3 PLMEP.

³³ Sobre la naturaleza imperativa de los fueros aplicables a los procesos de consumidores, véase ATS, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2021, nº rec. 30/2021, ECLI:ES:TS:2021:4775, F.J. 2.

³⁴ Adviértase en este momento, que la exigencia de que el considerado pleito testigo ya debe estar tramitándose, a diferencia de lo que acontece en los procesos testigos o modelos en otros ordenamientos, como el alemán, y que los criterios de competencia, que obligan a que las demandas paralizadas vinculadas al proceso testigo también deban ser competencia del mismo órgano que conoce del proceso testigo no necesariamente “favorece [...] la seguridad jurídica y la economía procesal. Al limitar la aplicación de este régimen a las demandas presentadas ante determinado juzgado por su relación con otros procesos previamente pendientes ante el mismo, puede dar lugar a un elevado número de proceso testigo, a cada uno de los cuales va a vincularse, en principio, la suerte de también diferentes grupos de procesos dependientes. Esta posibilidad es particularmente evidente si se tiene en cuenta que, en diversas materias de Derecho privado en las que los litigios en masa son más probables, la competencia territorial corresponderá a los Juzgados del domicilio de los demandantes (arts. 52.1. 14^o, inciso primero, y 52.2 y 3 LEC)” (ORTELLS RAMOS, M., “Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa”, op. cit., esp. p. 22).

Pero, a pesar de que los dos órdenes jurisdiccionales -civil y contencioso- compartan una raíz común al ser el contencioso una especialización del civil, ha de tenerse presente que cada uno de ellos es acreedor de características y principios propios, y que las instituciones procesales no siempre son importables, o fácilmente extrapolables si se prefiere, entre ambos.

De esta forma, la conexión entre pretensiones y, consiguientemente, entre objetos que se exige en el orden contencioso-administrativo para justificar la aplicación del pleito testigo pasa, tal y como hemos explicado, por el hecho de que los actos o actuaciones discutidas proceden del mismo órgano de la Administración o se trate de actos o disposiciones claramente vinculados a un acto emitido por un órgano administrativo o por órganos subordinados. Así, si bien es cierto que no se exige que se trate del mismo acto, el legislador busca una clara conjunción entre pretensiones a fin de que se pueda apreciar que las situaciones jurídicas individualizadas gozan de identidad. En el proceso civil, por su parte, parece equipararse la similitud entre las cláusulas predisuestas discutidas en las distintas demandas a la necesaria condición de identidad de pretensiones que requiere el art. 438 ter PLMEP³⁵, cuando lo cierto es que en el ámbito privado existen mayores dificultades para comprobar la semejanza exigida al encontrarnos en un contexto en el que los principios dispositivo y de aportación otorgan a las partes amplias facultades para definir, mediante sus alegaciones fácticas, el objeto del proceso.

Así, el legislador ha podido suponer que las condiciones generales de la contratación constituyen el entorno ideal para incorporar el proceso testigo porque, de alguna forma, en este se comprueba cierta homogeneidad o identidad entre las pretensiones planteadas cuando las demandas están dirigidas frente a un mismo demandado y están referidas a las mismas cláusulas contenidas en los contratos relativos a la contratación de un producto ofertado por este. De la misma forma que en el proceso contencioso el elemento estabilizador es la existencia de un acto administrativo común o actos vinculados procedentes del mismo órgano emisor o de órganos subordinados, la homogeneidad de situaciones en el proceso civil parece resultar determinada sobre la base de la identidad de las pretensiones sostenidas y de la similitud de unas cláusulas que no pueden ser alteradas por el adherente, permitiendo ello afirmar que los contratos celebrados con un mismo proveedor son lo “suficientemente similares” como para ser considerados, en principio, iguales. Como consecuencia, tanto los motivos de impugnación de las cláusulas como las situaciones jurídicas subyacentes podrán presumirse análogos, resultando aplicable la misma solución.

³⁵ Así se entiende del apartado 1 cuando dice que la demanda es suspendida porque su pretensión ya está siendo conocida en un procedimiento anterior.

Esta identidad de cláusulas, servicios contratados, sujeto pasivo y efectos del contrato debería propiciar aquella acumulación a la que parece apuntar el art. 438 ter PLMEP³⁶, aunque entendemos nosotros que debería exigirse de forma expresa la confirmación de una más clara identidad en el devenir de los hechos a fin de facilitar la comprobación de la similitud de situaciones que reclama el art. 519.2 PLMEP para la posterior extensión de los efectos de la sentencia³⁷. De hecho, el art. 72 LEC, cuyos presupuestos deben inspirar al propio pleito testigo, establece que es posible acumular en un proceso las acciones que varios demandantes (en nuestro caso los adherentes) tengan contra un mismo demandado (el empresario o comerciante), cuando entre tales acciones exista un nexo por razón del título o de la causa de pedir, dándose la circunstancia de que “el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”. De esta manera, la similitud de pretensiones que pretende el art. 438 ter 1 PLMEP ha de estar referida no solo a la identidad de las cláusulas impugnadas, sino a una identidad fáctica que no debería quedar traducida en una mera similitud o a aproximación de los hechos, porque aquella convergencia debería haber podido generar una acumulación de acciones o pretensiones que no se ha producido a pesar de comprobarse que entre ellas existe el nexo que requiere el art. 72 LEC.

Recordemos ahora que una misma pretensión puede estar basada en diferentes nociones fácticas y que, desde una posición estricta, el hecho de que el nexo común entre ambas situaciones sea la impugnación de una misma cláusula no significa imperiosamente que nos encontremos, en puridad, ante situaciones jurídicas exactas. Es, por lo tanto, la identidad fáctica uno de los factores que avala la tramitación del pleito testigo, justificando, así, la posterior extensión de efectos de su sentencia³⁸. Por ello, parece que es necesario ir más allá de la similitud de las pretensiones que refiere el art. 438 ter PLMEP para llegar a la imprescindible equivalencia o identidad entre situaciones jurídicas controvertidas que el legislador requiere en el art. 519.2 PLMEP para autorizar

³⁶ A nuestro entender, el hecho de que el LAJ deba dar cuenta al tribunal de que las demandas interpuestas contienen pretensiones “que están siendo objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes” permite deducir que, en el procedimiento, en cuestión, puede comprobarse la personación de un solo actor o de diferentes actores, constituyendo un litisconsorcio, por lo que tampoco puede excluirse una acumulación de pretensiones “inicial”. De este modo, las demandas paralizadas, cuyo objeto coincide con el de estos procedimientos anteriores, reúne la condición necesaria para haber justificado, en su caso, su acumulación.

³⁷ Vemos que en el párrafo 1 del art. 519.2 advierte que las sentencias recaídas en los procesos relativos a las materias del art. 250.1.14^o, en las que se reconoce una situación jurídica individualizada, podrá extenderse a otras cuando concurren, entre otras circunstancias, “a) [q]ue los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo”.

³⁸ REYNAL QUEROL, N., “El proceso testigo en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal”, op. cit., pp. 79-82.

la extensión del fallo, y que debía haber sido exigida como punto de partida del pleito testigo.

De no concurrir esta circunstancia no sería posible aplicar la sentencia a las pretensiones suspendidas, cuando lo cierto es que carece de sentido cualquier tramitación de un pleito como testigo para no extender, después, la resolución que le pone fin. De hecho, la exigencia de que las situaciones jurídicas sean necesariamente similares no sería sino la forma de garantizar el cumplimiento del principio de justicia material que obliga a ofrecer soluciones iguales frente a situaciones idénticas, debiendo ello haber sido valorado para autorizar el pleito testigo.

3. Los requisitos de las condiciones generales que son objeto de un pleito testigo

El legislador restringe los límites del pleito testigo porque su tramitación no puede ser seguida respecto cualquier cláusula o condición general, sino únicamente respecto de aquellas que no precisen de un control de transparencia ni requieran valorar la existencia de vicios del consentimiento del contratante, que, sin embargo, son valoraciones que están previstas en la LCGC y que se encuentran directamente ligadas a la validez del consentimiento prestado.

Con carácter general, LCGC declara en el art 5.5 que las cláusulas predispuestas son válidas cuando reúnen las propiedades de transparencia, claridad, concreción y sencillez, siendo nulas las condiciones incorporadas de forma no transparentes. El mismo art. 5, junto con el art. 7, regulan un control de inclusión o incorporación a través del cual se comprueba que las cláusulas se hallan efectivamente integradas, añadiéndose un control más de contenido por el art. 82 TRLGDCU cuando la contratación tiene lugar con un consumidor. Tales preceptos reclaman, igualmente, que el adherente pueda comprender gramaticalmente la cláusula -redacción clara- al tiempo de celebrar el contrato.

Pese a que el control de incorporación, también denominado control de transparencia formal, permite comprobar que una cláusula ha pasado a formar parte del contrato, requiriéndose para ello que su redacción sea clara y comprensible para el consumidor, esto es, que desde el punto de vista gramatical pueda comprenderla³⁹, y que este haya tenido la oportunidad real de analizar las condiciones generales al tiempo de celebrar el contrato, no es determinante de la validez de la inclusión que el adherente haya accedido verdaderamente a las mismas. La aparente claridad no supone, tampoco, que

³⁹ Vid, al respecto, MIRANDA SERRANO, L. "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria", *InDret*, abril, 2018, esp. pp. 7 a 10, en <https://indret.com/el-control-de-transparencia-de-condiciones-generales-y-clausulas-predispuestas-en-la-contratacion-bancaria/> (última acceso: 26 de enero de 2023).

de su redacción se deduzca toda la información que se necesita conocer para evaluar los efectos contractuales, pues la posibilidad de que el interesado adquiera una percepción real de las consecuencias jurídicas y económicas de las cláusulas que acepta no está relacionada con este tipo de control, sino con el de transparencia -control de transparencia material o cualificado⁴⁰-.

Ha de interpretarse lo anterior sobre la base de los arts. 3.1 Directiva 93/13/CEE, y del art. 82 TRLGDCU, que estipulan que serán nulas todas aquellas condiciones predispuestas -cláusulas o condiciones no negociadas podemos leer en ambos preceptos- que en contra de la buena fe impongan restricciones en los derechos de los consumidores y provoquen un desequilibrio o asimetría evidente entre las obligaciones que se deriven del contrato para cada una de las partes, abundando el art. 83 TRLGDCU en que las cláusulas que no sean transparentes deben ser consideradas nulas de pleno derecho por abusivas y por generar aquel desequilibrio prohibido por la norma⁴¹.

Pero, como recoge el 4.2 Directiva 93/13/CEE, “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, *siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”⁴². Dado que este artículo no fue transpuesto en nuestro ordenamiento, se interpretó que no era posible realizar el control de contenido de estas cláusulas, básicamente para no intervenir en la libre competencia que es la que define y determina los precios de productos y servicios, no haciéndolo propiamente el empresario, si bien no cabe afirmar de forma genérica, y a partir de la redacción transcrita, una exclusión absoluta de control porque para ello se requeriría que las cláusulas estuvieran redactas de forma indiscutiblemente clara y comprensible. De hecho, el TJUE ha declarado en el *As. Marc Gómez del Moral Guasch* que “los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 11-21.

⁴¹ Art. 83 TRLDCU: “Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

⁴² *Cursiva nuestra*.

independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro⁴³.

No todas las cláusulas esenciales, por consiguiente, son ajenas a control y pueden estar sometidas a una valoración de inclusión y transparencia aquellas condiciones esenciales en las que no se aprecien tales características de claridad y comprensibilidad⁴⁴. Es más, tanto el TS como el TJUE han convenido, por ejemplo, que las cláusulas relativas a los intereses remuneratorios de un contrato de préstamo quedan sometidas a un control de transparencia cuando no fueron individualmente negociadas y que, por ende, adquieren la naturaleza de condición general de contratación. En concreto, así ocurre con el índice IRPH porque “[p]ara limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros” y “puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente”⁴⁵.

Podemos establecer, así, un presupuesto de partida y es que cuando las cláusulas esenciales referenciadas en el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, no estén redactadas de forma clara y comprensible deberán ser sometidas a un control de transparencia y, si este no se supera, deberá realizarse el control de contenido, es decir, un control de abusividad basado en el consentimiento⁴⁶, aunque dicho precepto no haya sido transpuesto.

Por su parte la transparencia es un análisis distinto de los controles de inclusión y contenido, y con respecto a las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales del contrato ha de entenderse que no solo deben estar redactadas de forma clara, sino que deben ser especialmente transparentes, ya que, en caso contrario, podrán ser

⁴³ Vid. el fallo de la STJUE, Gran Sala, de 3 de marzo de 2020, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia S.A., As. C-125/18, ECLI:EU:C:2020:138.

⁴⁴ CAÑIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n.º 3 (julio-septiembre, 2015), pp. 67-105, esp. 79 a 82, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> (último acceso 26 de enero de 2023).

⁴⁵ Vid. STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2020, n.º rec. 2683/2016, ECLI:ES:TS:2020:3629, FF.JJ. 2 y 3. En el F.J. 4 analiza el control de transparencia en la doctrina del TJUE a partir de la sentencia de 3 de marzo de 2020, que no discute la validez del IRPH en sí mismo, sino que analiza la transparencia de la cláusula que incorporar que los intereses serán calculados a partir de este índice de referencia. En este sentido no exige a las entidades financieras que informen al consumidor sobre el funcionamiento o el cálculo matemático del IRPH, porque ello no resulta útil, sino que informen sobre la evolución del mismo en los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato

⁴⁶ Vid. STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2020, n.º rec. 2683/2016, ECLI:ES:TS:2020:3629, F.J. 5.

consideradas nulas y abusivas por incumplir la prohibición de desequilibrio que estipula el art. 82 TRLGDCU al impedir al consumidor conocer el alcance real de las mismas. En este sentido, no cabe duda de que el hecho de que el art. 4.2 no permita apreciar el carácter abusivo de las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato ni a la relación entre el precio y la prestación no puede suponer un ámbito de libre disposición para el empresario y, aunque, en la práctica, como hemos explicado, el precio o las contraprestaciones por los servicios contratados no son fijados libremente por el predisponente, sino que vienen determinadas por el flujo de la competencia, siendo esta circunstancia la que justifica que este elemento del contrato no sea, en principio, objeto de control, la propia norma exige que las cláusulas sean claras y comprensibles, debiendo ser ambas condiciones objetivo de valoración.

Pero la falta de transparencia carecería de efectos por sí misma y no sería suficiente para declarar la nulidad. En realidad, una cláusula podría ser válida si así se dedujera del análisis de su contenido a pesar de que, en principio, no superase el control de transparencia; por contra, si la cláusula pasase esta valoración no se realizaría el control de contenido posterior, porque aquella claridad permite presumir que su tenor ha sido comprendido por el contratante y que, por derivación, este también conoce los efectos del contrato.

Cuestión distinta es que se entienda que la cláusula es abusiva porque de la falta de transparencia se desprende el desequilibrio prohibido por los arts. 3.1 Directiva 93/13/CEE y 82 TRLGDCU. No perdamos de vista, además, que mientras que este último artículo infiere la abusividad, en general, de aquel desequilibrio, el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE,, referido expresamente a los elementos esenciales del contrato, advierte que las cláusulas que los regulan no tendrán la consideración de abusivas cuando “sean claras y comprensibles”, esto es, cuando hayan podido ser comprendidas y, por lo tanto, consentidas por el consumidor. De tal modo, superados los controles de inclusión y transparencia de la cláusula, se presumirá que el consumidor comprendió las consecuencias de las mismas y, por extensión, las del contrato en general, que fue asumido al prestarse un consentimiento válido⁴⁷. Ello explica que la transparencia se encuentre directamente conectada con el consentimiento, suponiéndose que una

⁴⁷ En este sentido, considera MIRANDA SERRANO que “[e]l control de transparencia material que analizamos se presenta como una manifestación expresa de la *protección del consentimiento negocial*. Se trata de proteger la *libertad de saber* del adherente. Esto es, de evitar que sea engañado mediante cláusulas relativas a extremos esenciales del contrato que no llegó a aceptar —ni tan siquiera a conocer— cuando emitió su consentimiento, por estar camufladas dentro del clausulado de condiciones generales. De ahí que posteriormente se sintiera sorprendido y defraudado en sus expectativas legítimas y razonables. Cabe hablar, por tanto, de una conexión lógica y clara entre el *factor sorpresa* presente en estas cláusulas y la *salvaguarda y tutela del consentimiento negocial*” (MIRANDA SERRANO, L., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, op. cit., pp. 33 y 34).

cláusula transparente es plenamente comprensible y que, si todas las esenciales lo son, el contrato ha sido comprendido en sus aspectos y efectos principales⁴⁸.

En otro orden de cosas, la conjunción entre la transparencia, el contenido y el consentimiento no es una certeza, sino, como venimos diciendo, una presunción, es decir, que se supone que una cláusula transparente favorece un consentimiento cierto, especialmente cuando se refiere a elementos esenciales y a cláusulas cuyo contenido teóricamente debe ser conocido y comprendido por el consumidor, toda vez que nadie se vincularía a un negocio sin comprender el objeto y los aspectos fundamentales del mismo. Además, aquel carácter presuntivo permite afirmar a la jurisprudencia que la transparencia es un presupuesto abstracto, esto es, que no se predica indefectiblemente del caso concreto, sino que constituye una condición que resulta cumplida cuando se comprueba que, ciertamente, el consumidor-adherente tuvo la posibilidad de comprobar las consecuencias del negocio, no precisándose que aquel tuviera una impresión real y exhaustiva de sus efectos. En definitiva, debe darse al consumidor la oportunidad real de acceder a las condiciones con independencia de que este decida no comprobar el clausulado. Con idéntico tenor, el TJUE afirma que una cláusula es transparente si pudo ser comprendida por un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁴⁹, condición que no atiende a si, en el caso concreto, las cláusulas fueron verdaderamente comprendidas, sino a si, en general, alguien que hubiese demostrado un mínimo interés hubiera percibido los efectos de la misma, surgiendo, así, la dimensión abstracta del carácter abusivo o transparente de la cláusula.

Hemos ido viendo a lo largo de nuestra exposición que el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE, -relativo, en general y sin especificar, a las cláusulas no negociadas individualmente- establece, como también lo hace el art. 82.1 TRLGDCU, que las condiciones predispuestas serán abusivas si provocan, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes, si bien ninguno de ellos refiere de forma expresa los requisitos de claridad y comprensibilidad -transparencia y contenido- previstos en el art. 4.2 para las condiciones esenciales, abarcando así la redacción del art. 3.1 a las condiciones accesorias que se recogen en el clausulado general del contrato, y que están excluidas del art. 4.2,

⁴⁸ Véase, CAÑIZARES LASO, A., "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo", op. cit., pág. 73; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., "Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n.º 1 (enero-marzo, 2021), <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, pp. 361-397, esp. 368 a 392 (último acceso 26 de enero de 2023).

⁴⁹ STJUE, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, STJ UE, Sala Novena) de 26 de febrero de 2015, Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA, As. C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127; STJUE, Sala Segunda, de 20 de septiembre de 2017, Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banca Românească SA, As. C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703.

dedicado a las condiciones esenciales. Aparentemente, pues, aquellas no quedarán sometidas a las condiciones de transparencia y claridad -contenido- que exige el art. 4.2 y entran en la previsión del art. 438 ter PMLEP que excluye la posibilidad de que las cláusulas impugnadas requieran una valoración de su transparencia o de consentimiento del contratante.

Por otro lado, que el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE, anude la abusividad al desequilibrio de posiciones y no a la transparencia y a la comprensión del contenido - condición, esta última, vinculada al consentimiento- que exige el art. 4.2 del mismo instrumento, conduce a interpretar que el juego de vectores “control de inclusión, valoración de transparencia y contenido y declaración de la validez de la cláusula”, está pensado para las condiciones referidas a los fundamentos esenciales del contrato, que deben ser obligatoriamente claros y comprensibles⁵⁰, mientras que las condiciones del clausulado general serán válidas siempre que garanticen un equilibrio entre las partes. Como consecuencia, si no es necesario realizar el control de las cláusulas accesorias anexas en el clausulado general es posible entrar directamente en el análisis de su validez o abusividad, sin pasar por la valoración de la transparencia, aunque ello no significa que no pueda ser analizado el contenido de las condiciones accesorias en lo que hace al equilibrio que debe existir entre los contratantes.

De las doctrinas científica y jurisprudencial también se deduce que ni siquiera es exigible que el consumidor conozca el contenido de estas condiciones accesorias con el mismo detalle y detenimiento que supuestamente debe prestar al objeto principal del contrato y, por ende, a sus cláusulas esenciales, llegándose incluso a admitir que podría ignorar la información que contiene el clausulado general debido a que no es relevante para contratar, siendo válido el consentimiento prestado respecto de las condiciones esenciales para perfeccionar el negocio jurídico sin necesidad de ninguna otra añadidura. Cabe sostener, también, que, aun siendo consciente de la existencia del clausulado, no estando de acuerdo con el mismo el adherente debe necesariamente aceptarlo, porque en caso contrario no podría beneficiarse del objeto principal del negocio que es en lo que está interesado. Con independencia de la opinión sostenida, en estos casos no cabe hacer un examen primero de transparencia y otro de valoración de contenido, ni discutir si el consentimiento fue emitido de forma válida, ya sea por presuponerse que aquel existió para aceptar el clausulado y fue válido -con independencia de la transparencia de las condiciones- ya por considerarse que el consumidor no prestó consentimiento alguno sobre estas cláusulas, admitiéndose como suficiente el consentimiento emitido para aceptar las cláusulas que definen las

⁵⁰ Véase en este sentido, STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2020, n.º rec. 2683/2016, ECLI:ES:TS:2020:3629, F.J. 2.

condiciones esenciales que, de suyo, arrastran la aceptación del clausulado accesorio. En definitiva, una condición accesorio se presenta como “algo inevitable” y a su aceptación, expresa o presunta, consciente o inconsciente, se encuentra obligado el consumidor si quiere disfrutar de los servicios en los que está interesado⁵¹.

No obstante, y como hemos explicado, tales circunstancias no justifican que el empresario incorpore con mala fe, y aprovechando el clausulado general, condiciones abusivas o que enmascare entre estas cláusulas elementos esenciales, pues sabe que el adherente se verá en la obligación de asumirlas y que, con ello, estará ocasionando aquel desequilibrio entre derechos y obligaciones prohibido. De ahí resulta que puedan ser analizadas a la luz de esta última condición, pero no con relación a ninguna circunstancia vinculada con el consentimiento, porque este debió existir para perfeccionar el contrato y, si no existió, deberá presuponerse, porque, de no ser así, el consumidor no podría haber tenido acceso al objeto principal del mismo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y siendo más que evidente la complejidad para discernir hasta dónde llegan los límites de la valoración de las cláusulas no negociadas, no podemos dejar de reconocer que difícilmente una cláusula puede quedar exenta de control -cualquiera que sea este-, porque el legislador no debe dejar a la decisión arbitraria del predisponente los elementos esenciales o accesorios del contrato ante el riesgo de que las condiciones impuestas puedan ser abusivas, y ello es lo que podría ocurrir si existiesen ámbitos ajenos a cualquier control. A mayor abundamiento, no podemos olvidar que más allá del control de inclusión, de transparencia y de contenido, la doctrina civil de la nulidad de los actos deberá impedir que una cláusula abusiva desplegara efectos.

Nos resulta extremadamente complejo, desde una perspectiva teórica y abstracta delimitar los contornos de aquellas cláusulas -esenciales o accesorias- que han de quedar sometidas a un control de transparencia o de contenido y cuáles no, siendo evidente que ello dificulta una previsión detallada de las ocasiones en las que resultará de aplicación del pleito testigo, en tanto que son determinantes para su concreción los matices que se aprecien en el caso concreto. Precisamente aquella referencia genérica que contiene el art. 438 ter PMLEP, a través de la que, de forma casi lacónica, el legislador deja caer que las cláusulas que son objeto de discusión en el pleito testigo no deben ser de las que requieran un control de transparencia o una valoración del consentimiento conduce a intuir que solo ante el supuesto concreto podrá comprobarse si el pleito testigo es o no aplicable y que la minuciosidad propia de la materia no permite establecer criterios más específicos.

⁵¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, op. cit., pp. 368-373.

Creemos evidente que las cláusulas accesorias no están sometidas a control, salvo en lo que se refiere al del equilibrio de posiciones del art. 3.1 Directiva 93/13/CEE, y que, por su parte, el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, no permite que las cláusulas esenciales referidas al objeto y precio queden exentas cuando no estén redactadas de forma clara y comprensible. Estos son los límites entre los que cabe encontrar las cláusulas que son objeto de un pleito testigo para reclamar su no incorporación al contrato o su nulidad.

Ahora bien, no siempre será sencillo advertir si las cláusulas impugnadas son esenciales o accesorias y hasta dónde debe llegar el control del tribunal, así como la naturaleza de este, lo cual no augura que la decisión de si un proceso que ya se estuviera tramitando deba o no ser elevado a la categoría de pleito testigo sea todo lo rápida que se espera, afectando a los tiempos de tramitación de los procesos y a los de solución del asunto.

III. LA CONEXIÓN ENTRE EL PROCESO TESTIGO Y LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA

No queremos dejar de recalcar que la relevancia de esta nueva forma de litigar no reside en sí misma, sino en que representa una vía para acceder a la extensión del fallo de la sentencia dictada, cuya autorización por el tribunal tendrá lugar cuando compruebe que se cumplen las condiciones del art. 519.2 PLMEP y que, según la Exposición de Motivos, coinciden con las establecidas para el pleito testigo⁵².

Con relación a esta última cuestión, nos gustaría señalar que, si fuera tal y como el legislador afirma, comprobada la concurrencia de los presupuestos del proceso testigo también habrían quedado comprobados los requisitos de la extensión de efectos, de modo que la sentencia debería resultar casi de aplicación automática sin necesidad de un segundo control tan exhaustivo, Pero lo cierto es que se ha marcado un clara diferencia, no solo temporal, sino procedimental, entre el final del pleito testigo, la decisión que autoriza o deniega la extensión del fallo -cuyo trámite permite al tribunal constatar la validez de las condiciones para ello- y, en su caso, la efectiva aplicación de la sentencia a través de la ejecución.

Si es como hemos expuesto, cabe la posibilidad de tramitar un pleito testigo -con lo que ello implica- y de que, simultáneamente, pueda ser denegada la extensión de la

⁵² Exactamente advierte la Exposición de Motivos que “[e]n relación a esta misma cuestión, y por exactamente los mismos motivos indicados para el procedimiento testigo, esta ley también regula el mecanismo procesal de extensión de efectos [...]”. Véase un análisis de las condiciones estipuladas en el art. 519.2 PLMEP en REYNAL QUEROL, N., “Aproximación a la figura del proceso testigo prevista en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, op. cit., pp.204 a 206.

sentencia que le pone fin, ello solo puede significar que las condiciones que justifican ambas instituciones no son exactamente las mismas, por mucho que el legislador sostenga lo contrario, encontrando justificación aquella especie de segunda fase para analizar los presupuestos de la extensión de efectos. Recuérdese, por otro lado, que se llegó a admitir en el orden contencioso que el tribunal que realizaba el control en el trámite previsto en el art. 37.2 LJCA para la determinación del recurso que actuaría como pleito testigo valoraba la identidad de objetos de forma provisional y a los solos efectos de acordar la suspensión de recursos y de impulsar la tramitación preferente del proceso que actuaría como testigo. “Se trataría [...] de un enjuiciamiento provisional sobre este requisito, pues sostiene el Tribunal en la presente sentencia que este mismo órgano ha de proceder a un segundo enjuiciamiento sobre este extremo en el momento de decidir si procede acceder o no la extensión de la eficacia solicitada por alguno de los actores de los procesos suspendidos (art. 111 LJCA). Funda su opinión en el tenor literal del art. 110.3 LJCA (aplicable por la remisión que efectúa el art. 111 LJCA), en virtud del cual el incidente de petición de extensión comenzará con una solicitud escrita a la que «deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones»⁵³.

Tal y como se puso de manifiesto con la reforma efectuada en el art. 111 LJCA por la Ley 13/2009, que le dio su redacción actual, también podríamos decir que la redacción que se ha dado en el orden civil a la regulación de la extensión de efectos en relación con el pleito testigo no deja de ser incorrecta, porque cae en la situación que quedó solventada en la LJCA en el año 2009 y de una forma muy poco acertada permite, por ejemplo, que el mismo tribunal que en el pleito testigo declaró la identidad de las cláusulas discutidas concluya, con posterioridad y con ocasión del trámite de la extensión de efectos, que tal identidad no existe. De hecho, casi cualquier denegación de la extensión de efectos de la sentencia dictada en el proceso testigo pondría de manifiesto que su tramitación ha sido innecesaria, siendo paradójico que, en lugar de reducir el tiempo de resolución de controversias esta pueda dilatarse de una forma insólita con el correspondiente perjuicio para las partes. Así, y con respecto a la extensión derivada del proceso testigo en el orden contencioso administrativo ya se advirtió en su momento que aplicar el art. 110.3 LJCA -que exige que con el escrito de solicitud de la extensión de efectos se acompañe documento que acredite la identidad de situaciones jurídicas- a la extensión de efectos de la sentencia dictada en el proceso testigo determinaría un doble control que permitiría, al mismo tiempo, “denegar por

⁵³ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F, “Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo”, p. 5, en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/26589/> (último acceso: 23 de febrero de 2023).

ausencia de identidad de objetos la extensión de los efectos de una sentencia cuando él mismo fue quien, con base en su previa apreciación favorable sobre dicho extremo, ocasionó un grave trastorno -como es la suspensión- a varios procesos”⁵⁴.

Desde luego, si el tribunal resolviera denegar la extensión de efectos, el consumidor que vio paralizada su demanda con la esperanza de que la sentencia del pleito testigo solventara el litigio del que es parte se encontraría abocado a acudir al proceso declarativo, en principio descartado, a fin de alcanzar una solución definitiva, pero con el añadido del tiempo transcurrido desde la interposición de la primera demanda. Obviamente, este resultado, aunque previsto en la norma, no estaría en consonancia con la pretensión de una reforma que procura un plus de eficiencia y rapidez para lograr resoluciones más rápidas y para evitar el bloqueo que genera la interposición sucesiva de demandas individuales con pretensiones iguales. Verdaderamente, el sistema exigirá que en el momento de acordarse la tramitación del proceso testigo también se valoraran las condiciones de la extensión de efectos y se comprobara, junto con la identidad sustancial de la cláusula predispuesta discutida y de la pretensión misma, la equivalencia de las situaciones jurídicas confrontadas. Claro que ello tampoco resultaría operativo, porque tal identificación exige entrar, prácticamente, en el fondo del asunto y, como mínimo, una decisión de tal calibre dilataría los plazos del expediente en el que debe designarse el proceso testigo.

No podemos, tampoco dejar de insistir en que el art. 519.2 PLMEP obliga a que, para acordar la extensión de los efectos de la sentencia, las partes del proceso testigo y las de las demandas paralizadas se encuentren en la misma situación jurídica⁵⁵, si bien dicho requisito no está previsto en el art. 438 ter PMLEP como postulado para designar que un pleito será testigo de las pretensiones posteriormente planteadas. La cuestión residiría, pues, en determinar si los términos “situación jurídica” y “pretensión”, a los que se refieren cada uno de aquellos preceptos respectivamente, son equiparables para el legislador o si, aun no siéndolos, se les otorga, en este ámbito, un significado equivalente.

⁵⁴ *Ibidem*, op. y p. cits.

⁵⁵ a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.

b) Que se trate del mismo demandado, o quien le sucediera en su posición.

c) Que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante.

d) Que las condiciones generales de contratación tengan identidad sustancial con las conocidas en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender.

e) Que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de la pretensión.

Si atendemos al texto del art. 438 ter PLMEP, para la tramitación de un pleito testigo se busca que la pretensión planteada “esté siendo objeto de procedimientos anteriores”, esto es, que una pretensión similar ya esté siendo conocida por el tribunal, así como la identidad de las cláusulas impugnadas, mientras que la extensión de efectos requiere una identidad sustancial de las situaciones jurídicas, tal y como comprobamos en el párrafo primero del art. 519.2 PLMEP. Pero la interpretación conjunta de ambas redacciones nos conduce a diferentes conclusiones: por un lado, que la aplicación estricta de ambos preceptos da lugar a situaciones ilógicas porque cada una de dichas figuras se basa en requisitos diferentes; en segundo lugar que, para evitar resultados incongruentes, debería aceptarse la equivalencia de los conceptos que contienen ambas normas aunque ello no sea técnicamente correcto; una tercera opción sería admitir, como ya encontramos en la jurisprudencia, que en determinados casos, aun no siendo exactamente iguales, algunas situaciones deben ser solventadas de idéntica forma y a través de una misma resolución o de resoluciones con fallos gemelos⁵⁶,

Pero al acudir a la LJCA, que es la norma que nos sirve de referencia, observamos que esta ha distinguido con carácter general, y sin olvidar el supuesto de extensión que prevé el art. 72.2⁵⁷, dos extensiones de efectos distintas: la del art. 110 LJCA, que podríamos denominar “extensión autónoma”, diseñada para materias tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, y que puede ser solicitada directamente por quien haya tenido conocimiento de una sentencia de la que aparentemente puede beneficiarse por entender que acoge una situación jurídica pareja a la controversia que le afecta⁵⁸; en otro sentido, la extensión del art. 111 LJCA,

⁵⁶ En sede de jurisdicción contencioso-administrativa, la STC de 27 de enero de 2014, ECLI:ES:TC:2014:8, advierte en el F.J. 4 que llama la atención que el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, n.º 1 no considerara que la opción de acumular o no acumular acciones implica delimitar el objeto del proceso porque tal decisión incide “la rapidez de la tramitación, la efectividad del derecho de defensa y la reducción de costes”. A mayor abundamiento, advierte que “la falta de identidad en el *petitum* indemnizatorio no excluye necesariamente y en todo caso la acumulación, sino que, antes bien, la hace posible como hipótesis, pues si hubiera identidad en todos los elementos configuradores de la acción (sujeto, causa de pedir y petición) el objeto procesal sería único, no existiendo acumulación de pretensiones” y que “la conexión en la *causa petendi* tiene una sólida apariencia, teniendo en cuenta que los hechos no son irreconciliables entre sí, sino conexos, lo mismo que su calificación jurídica; que unas pretensiones no quedaban absorbidas por las restantes, haciendo ineficaz la acumulación; que la resolución de una de ellas no producía excepción de cosa juzgada en las demás, o que no existía, en fin, mezcla de causas o causas inconexas.

⁵⁷ El art. 72.2 LJCA, referido a las sentencias anulatorias de una disposición general o de un acto que afecta una pluralidad de personas, señala que estas producirán efectos a todas las personas afectadas, por lo que nos encontramos ante una sentencia con efectos *ultra partes*.

⁵⁸ Sobre la naturaleza de la extensión de efectos regulada en el art. 111 LJCA, véase, por todos, DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M.L., “La controvertida naturaleza jurídica de la extensión subjetiva de efectos de las sentencias firmes en el ámbito contencioso-administrativo”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 51, 2020, pp. 1-29, en <https://www--iustel-->

derivada de la sentencia que pone fin al pleito testigo, y que debería ser entendida como un efecto de aquella resolución⁵⁹. De hecho, la diferencia entre ambas manifestaciones se hace evidente cuando comprobamos que las causas de denegación de la primera se distinguen claramente de las causas de denegación de la segunda⁶⁰.

Volviendo al proceso civil hallamos la misma dualidad de extensión de efectos, de tal manera que cualquier interesado que considere que entra en alguno de los supuestos definidos en el nuevo art. 250.1.14^o LEC puede instar que se le aplique una sentencia porque su situación jurídica coincide con la discutida en el proceso en el que aquella fue dictada, concediéndose un año desde que tal resolución alcanza firmeza para reclamar la extensión. Por su parte, hay un segundo tipo de extensión de efectos, que ha sido concebida como una especie de efecto directo del proceso testigo, y para cuya solicitud el art. 438 ter PLMEP otorga un plazo de cinco días. El problema radica en que, a diferencia de lo estipulado en la LJCA, este último precepto remite al art. 519 LEC como única norma reguladora de la extensión de efectos y este no diferencia entre las causas de denegación de la extensión en función de los acontecimientos que dieron lugar a la misma, esto es, de si existe o no una sentencia testigo de la que proceda.

En general, no cabe hacer distinciones cuando la ley no distingue, pero no queda otra alternativa, por obvio, que reconocer la incongruencia y la falta de lógica de una regulación que permite denegar la extensión por no apreciarse condiciones cuya concurrencia debió ser teóricamente comprobada en la tramitación del expediente del pleito testigo. En concreto, tanto el LAJ como el tribunal deberán controlar la identidad sustancial entre la cláusula impugnada en pleito que actuará como proceso testigo y la cláusula discutida en la demanda que fue paralizada. Si este dato ya fue valorado en el momento de acordar aquella tramitación no podría declararse su ausencia en el posterior auto que resuelva la solicitud de la extensión de efectos y, sin embargo, con la regulación actual ello es posible.

com.us.debiblio.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422535&d=1 (último acceso: 23 de febrero de 2023).

⁵⁹ Véase NOYA FERREIRO, M.L., "El pleito testigo: del proceso administrativo al proceso civil", Martín Pastor, J. y Juan Sánchez, R., *El Derecho Procesal: entre la Academia y el Foro*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022, p. 419.

⁶⁰ Para la extensión de efectos que actúa como consecuencia natural del pleito testigo, regulado en el art. 37.2 #(\$000164,000165,) ar. 37# LJCA, el art. 111 establece como causas de denegación la concurrencia de la circunstancia del art. 110.5.b) -la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el art. 99- o alguna de las causas de inadmisión del recurso previstas en el art. 69 -relativos, exclusivamente, al incumplimiento de presupuestos procesales-. Por su parte, para la extensión de efectos "autónoma" contempla el art. 110, en su apartado 1, un conjunto de circunstancias que necesariamente deben apreciarse para autorizar y, en el apartado 5 las circunstancias que obligan a desestimar el incidente de extensión, siendo el previsto en la letra b) el único común con la extensión de efectos derivada del pleito testigo.

Mayor complejidad alcanza la definición de aquello que deba ser entendido como situación jurídica individualizada o, mejor dicho, el grado de identidad que debe exigirse entre aquellas, condición que es expresamente citada en el art. 519.2 PMLEP con relación a la “extensión de efectos autónoma”, y que procede de la LJCA, pero que debe ser también aplicada a la extensión de efectos derivada de un pleito testigo no solo por el hecho de que sea exigida por la redacción normativa, sino porque el art. 438 ter PMLEP en su apartado 6 remite en bloque al art. 519.2 del mismo cuerpo normativo, permitiendo la aplicación de todas las condiciones previstas en este como premisas de la extensión sin diferenciar entre las dos modalidades -autónoma o derivada del proceso testigo- de las que venimos hablando. En cualquier caso, técnicamente habría de entenderse que existe identidad de situación jurídica cuando se advierte plena identidad entre lo pedido por el solicitante, que ha de ser de la misma naturaleza a lo pedido y obtenido en el procedimiento cuya extensión se insta, es decir, mismo petitum y misma causa petendi, incluyendo una completa identidad de la cláusula impugnada.

Si la intención es que las partes se encuentren en la misma situación jurídica -idéntica situación jurídica- para extender los efectos, con independencia del tipo de extensión de que se trate, el legislador debería exigir expresamente que tal identidad sea comprobada para autorizar la tramitación del pleito testigo; por el contrario, si esta no fuera el objeto de la norma, lo razonable sería fijar causas de denegación específicas atendiendo a la diferente naturaleza de la extensión de efectos en cuestión, siendo esta la única forma de evitar la confusión provocada con la actual redacción.

Hemos indicado antes, además, que podría inferirse que el legislador equipara identidad de pretensiones y de cláusulas con identidad de situaciones jurídicas, a pesar de que técnicamente no sean equivalentes, de manera que habiéndose constatado la similitud de pretensiones se presuponga comprobada la identidad de situaciones. Si ello fuera así, la ausencia de identidad sustancial debería quedar excluida como causa de denegación de la extensión de efectos derivada del pleito testigo, pero debería mantenerse respecto de la “extensión autónoma” porque sería la única forma de comprobar que la situación resuelta en el proceso cuya sentencia será extendida y la de quienes piden la extensión son las mismas, por lo que no solo se permite, sino que se exige, la misma solución.

En definitiva, amparar la distinción entre identidad de cláusulas y de pretensiones, por un lado, y de identidad sustancial de situaciones jurídicas individualizadas -que abarca, obviamente tanto a la identidad de cláusulas como a la de pretensiones-, por otro, origina, a tenor del proyecto de ley, una quiebra en las bondades que se predicán del pleito testigo, porque este pierde toda su virtualidad cuando su sentencia no puede ser extendida a las demandas suspendidas argumentándose que no se puede comprobar

que las situaciones jurídicas presentan los rasgos de similitud que impone el art. 519.2 PLMEP. A mayor abundamiento, la denegación de la extensión supondría admitir que el pleito testigo nunca debió ser tramitado y que, por consiguiente, no fue referencia o espejo de ninguna de las demandas suspendidas, no siendo posible alcanzar la eficiencia que proclama la norma.

IV. LAS ALTERNATIVAS FRENTE A LA EXTENSIÓN DE EFECTOS

Hemos visto que para ordenar la tramitación del proceso testigo el LAJ debe comprobar que las condiciones impugnadas en las demandas suspendidas ya estén siendo discutidas en otro proceso; asimismo, es necesario que las cláusulas no precisen pasar por un control de transparencia ni por la comprobación de la validez del consentimiento prestado por el adherente. Hemos comprobado, también, que el proceso testigo es solo una fase de aquella ecuación que procura la “eficiencia del proceso”, pero que por sí mismo carece de la eficacia que, sin embargo, proporciona la extensión del fallo de su sentencia a las demandas suspendidas. Sin embargo, el art. 438 ter ofrece otras soluciones frente a la extensión y a estas pueden acudir las partes en función de sus intereses y del pronunciamiento de la sentencia que ponga fin al pleito testigo y del que contenga la providencia que debe dictar el tribunal una vez que la sentencia hubiera alcanzado firmeza.

Efectivamente, es la providencia y no la sentencia, que se limita a resolver la pretensión discutida en el proceso finalizado, la que recoge la decisión del tribunal acerca de la continuación de las demandas y los procesos suspendidos⁶¹. Así, en el caso de que se entienda que todas las cuestiones que conforman tales pretensiones han sido resueltas en la sentencia, el fallo de la providencia señalará que no será necesario retomar la tramitación del proceso paralizado. En cambio, el tribunal consentirá la continuación, si así fuera solicitado por la parte, si algunos aspectos de la pretensión no hubieran podido ser resueltos en la sentencia testigo, debiendo relacionar expresamente cada una de las materias no tratadas. De esta providencia deberá darse traslado al interesado para que, en cinco días, decida sobre el desistimiento de su pretensión, sobre la continuación del procedimiento suspendido, argumentando en este caso los motivos por los que, a su juicio, aquellas pretensiones deben ser resultas o para que inste la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo a través del trámite previsto en el art. 519 PLMEP.

1. El desistimiento del proceso suspendido

⁶¹ Vid. art. 438 ter, apartado 3.

Una de las posibilidades que ofrece la nueva regulación como alternativa a la extensión de efectos es el desistimiento del proceso cuya tramitación se encontraba paralizada, precisamente a la espera de que la sentencia recaída en el pleito testigo fuera la solución de la controversia que configuraba el objeto de este. El efecto que se deriva de este desistimiento no es diferente del previsto en el art. 20 LEC, de modo que, al retirar la pretensión, esta quedaría imprejuizada y dejaría abierta la posibilidad de que el actor pueda volver a interponer la misma demanda con posterioridad.

Sin embargo, la previsión del PLMEP referente a la imposición de costas ante el desistimiento del proceso paralizado se diferencia de la regulación general que sobre esta materia desarrolla el art. 396 LEC y que hace descansar el pronunciamiento definitivo del pago de aquellas en el consentimiento que pudiera prestar el demandado para poner fin al proceso de forma adelantada. Es fácilmente comprobable en la redacción de la propuesta que el legislador excluye la participación del demandado y que beneficia al actor, sin más condiciones y a modo de premio, con la exención de costas en un contexto en el que se prima, casi de forma principal, reducir la litigiosidad, no habiéndose concedido al demandado la posibilidad de reclamar la continuación del proceso a la vista del resultado de la sentencia dictada en el pleito testigo.

Con respecto a los motivos que pueden llevar al actor a elegir el desistimiento, podríamos destacar que la sentencia del pleito testigo fuera denegatoria de la pretensión resuelta, por lo que no interesa extender sus efectos, o que dicha resolución no fuera del todo favorable a los intereses de la parte. Con todo, no se ha instituido un sistema causal para justificar una decisión que, como la de retirar la pretensión, depende completamente de la voluntad de la parte y, por lo tanto, los motivos que pueden llevar a escoger esta solución y no otra dependerán de la concurrencia de elementos que hagan suponer al actor que el abandono de la pretensión le resulta más beneficioso. Su decisión, pues, no está en absoluto propiciada por la necesidad de eludir un fallo desfavorable, si bien esta no dejaría de ser, a nuestro entender, la causa más obvia y típica del desistimiento en esta circunstancia.

No cabe duda, por otro lado, de que la retirada de la pretensión permitiría establecer una nueva estrategia jurídica o redefinir la inicialmente planteada, porque el desistimiento permite al actor volver a interponer la demanda si no hubiera transcurrido el plazo de caducidad o de prescripción de la acción. Llegado aquel momento, el demandante deberá decidir entre acudir al proceso declarativo correspondiente o, en el caso de no haber transcurrido el plazo de un año desde que la sentencia del pleito testigo alcanzó firmeza -art. 519.4 *in fine* PMLEP-, instar la extensión de los efectos de aquella resolución; extensión que ya no sería aquella que se deriva de la tramitación del pleito testigo, sino que se trataría de una extensión autónoma.

En este caso, el tribunal tendrá que actuar conforme establece tal precepto y acordar o denegar, mediante auto, la extensión solicitada, debiéndose pronunciar sobre las costas del incidente. Para ello, habrá de tener en cuenta si el demandado planteó oposición porque, en tal caso, concedida la extensión total o parcialmente, se estará a lo previsto en el art. 394 LEC⁶². Denegada la extensión, no contendrá el auto denegatorio pronunciamiento sobre costas de esta tramitación, haciendo frente cada parte a sus costas y a las comunes por mitad, y quedando al interesado la opción de acudir al proceso declarativo si así lo decidiera⁶³.

No recoge el art. 519 PLMEP regulación alguna sobre costas en el supuesto de que el demandado en el expediente de extensión de efectos se allane a la petición del actor, por lo que debería aceptarse que resultan de aplicación las previsiones, con las matizaciones correspondientes, del art. 395 LEC. Con carácter general podríamos entender que, si el demandado se allanase en lugar de oponerse, no sería condenado en costas salvo que el tribunal justificase que se aprecia mala fe en su actuación, mientras que, si el allanamiento se produjese después de haber presentado el escrito de oposición, se le impondrán las costas por interpretarse que dicha actitud equivale al reconocimiento de la pretensión del actor y, por lo tanto, a un vencimiento, salvo que pudiera apreciarse mala fe en el actor.

Autorizada la extensión, y si el condenado en el proceso testigo no cumpliera voluntariamente en el plazo fijado en el art. 548 LEC -veinte días- la obligación impuesta en la sentencia, podrá reclamarse la ejecución de la misma, actuando el testimonio del auto que acuerda la extensión del fallo como título ejecutivo.

2. La continuación del pleito suspendido y sus efectos sobre las costas

La continuación del proceso inicialmente paralizado será el cauce a través del que quien soportó aquella suspensión intente solventar su controversia con una sentencia distinta de la dictada en el pleito testigo, ya sea porque considere que dicha resolución no solventa todos los aspectos de su pretensión o porque el resultado de esta no le sea favorable. Sea cual fuere el interés que lleve a retomar el proceso el actor deberá argumentar su decisión, en cuyo caso el letrado o la letrada de la Administración de justicia alzarán, parece que obligatoriamente, la suspensión del proceso y ordenarán su continuación conforme a lo pedido.

⁶² El art. 394.2 establece que, si la estimación o la desestimación fuera parcial, cada parte abonará las costas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera razones para imponerla a una de las partes por haber litigado con temeridad.

⁶³ Vid. art. 519.5 PLMEP.

En este contexto advierte el art. 438 ter PLMEP en su apartado 5 que si, en el caso de haber indicado el tribunal en la providencia la innecesaria continuación del procedimiento suspendido, este se hubiese tramitado, en la sentencia que le pone fin podría disponerse, de forma debidamente razonada, que cada parte pague sus costas y las comunes por mitad siempre que en el fallo se estimara íntegramente la parte de la demanda que coincida con el resultado de la sentencia que puso fin al proceso testigo. Esto es, cabe la posibilidad de que la sentencia del segundo pleito no contenga expreso pronunciamiento sobre costas cuando su fallo coincida, al menos parcialmente, con el de la sentencia que resolvió el pleito tramitado como testigo. Sin ánimo de entrar en mayores profundidades, no nos resistimos a decir que, si un tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse sobre aspectos ya resueltos en otro proceso, no podremos estar ante la misma pretensión en sentido técnico, porque el efecto negativo de la cosa juzgada material lo impediría. Dado lo anterior, cuando en el Proyecto de ley se habla de la misma pretensión se está haciendo referencia a una pretensión similar, pero no técnicamente a la misma, porque una vez juzgada no puede volver a ser valorada.

Tal decisión respecto de las costas no dejaría de ser el resultado de la aplicación de los criterios del art. 394 LEC sobre el vencimiento cuando, con independencia de la coincidencia de pronunciamientos, no se pudiese apreciar el vencimiento total de una de las partes en esta segunda sentencia. Así, la inexistencia de un vencedor justifica la ausencia del pronunciamiento sobre costas, toda vez que, con carácter general, deberá resultar condenada al pago la parte que ve rechazadas todas sus pretensiones, esto es, la completamente vencida.

Tal previsión legal reflejaría, por el contrario, una alteración de los criterios de vencimiento instaurados en el art. 394 LEC si el actor o el demandado fueran totalmente vencidos en el segundo proceso. Que el fallo de esta nueva resolución coincida parcialmente con el que puso fin al pleito testigo, en nada empece que exista un vencimiento total y, si aplicamos la regulación contenida en aquel artículo, el actor debería ser condenado al pago de las costas si hubiese visto rechazadas todas sus pretensiones, mientras que deberá serlo el demandado si la sentencia hubiese sido plenamente favorable al demandante, y ello a pesar de que esta resolución coincidiese en parte con el fallo de la sentencia testigo. De esta manera, la imposición de costas no deja de actuar como una sanción frente a quien, decidiendo ejercer su derecho a continuar la tramitación de un procedimiento resulta vencedor⁶⁴.

⁶⁴ Vid. NOYA FERREIRO, M., "El pleito testigo: del proceso administrativo al proceso civil", en Martín Pastor, J. y Juna Sánchez, R., *El Derecho Procesal: entre la Academia y el Foro*, op. cit., pp. 434 y 435.

Esta posibilidad que se otorga al tribunal de decidir que cada parte pague sus costas parece estar basada, únicamente, en la coincidencia parcial de pronunciamientos, tal y como refiere el art. 438 ter en su apartado 5 *in fine*, y parece no atender, por lo tanto, al hecho del vencimiento parcial, de ahí que deba exigirse una argumentación suficientemente razonada que justifique los motivos que llevan a no incluir un pronunciamiento expreso, especialmente cuando una parte ha sido vencida y la otra vencedora.

Si el motivo por el que el afectado decidió continuar el proceso paralizado hubiera sido que, según el fallo de la providencia, la sentencia no abordó algunas de las pretensiones planteadas en la demanda paralizada o que, en caso de contener la demanda una sola pretensión, no existiese pronunciamiento sobre alguna particularidad de la misma, no sería aplicable la norma especial sobre costas cuando el actor ciñera su pretensión a aquellas materias no resueltas en la sentencia del proceso testigo.

En efecto, si el propio tribunal reconoce no resuelta parte o algunas de las pretensiones, el objeto del segundo proceso no coincidiría, siquiera parcialmente, con el del pleito testigo, por lo que no cabría la opción de que la sentencia que le pusiese fin se correspondiente, en parte, con la sentencia de aquel. En tal caso resultarán de aplicación los criterios generales del vencimiento en costas y no la norma del art. 438 ter PMLEP.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si atendemos a los arts. 438 ter y 519.2 PLMEP, las causas que propician el pleito testigo no coinciden exactamente con los presupuestos previstos en este último para la extensión de efectos; es más, es que el art. 519 distingue claramente entre la identidad de la situación jurídica y la identidad de las cláusulas discutidas, mientras que el art. 438 ter no exige, por ejemplo, aquella identidad de situaciones jurídicas de las partes, aunque reclame que las cláusulas impugnadas sean las mismas y que se trate de la misma pretensión.

Por otro lado, la falta de automaticidad de la extensión de efectos, que obliga al tribunal a comprobar la convergencia de las condiciones que la justifican, significa que se ha establecido un doble control jurisdiccional, procediéndose, en un primer momento a comprobar los requisitos del proceso testigo y, con posterioridad, cuando el asunto deriva hacia la extensión de efectos, se controlará la concurrencia de los fundamentos de esta, pudiéndose rechazar la extensión cuando se entienda que no se observa el cumplimiento de las condiciones previstas en el art. 519 PMLEP.

Pero, para la extensión de efectos que actúa como consecuencia natural de un pleito testigo el legislador debería haber dispuesto condiciones concretas de denegación, tal y como ocurre en el ámbito del proceso contencioso-administrativo. Someter esta

extensión y la extensión de efectos “autónoma” a idénticas causas denegatorias no hace sino evidenciar una incorrecta técnica legislativa que conduce hacia un resultado opuesto al pretendido con la reforma, porque puede provocar una dilación indebida en los plazos procesales y un retraso innecesario en la solución del conflicto. Así, si seguimos el *iter* que se deduce de la norma, el consumidor puede haber visto suspendida su demanda mientras se desarrolla el pleito testigo, quedar obligado a solicitar la correspondiente extensión de efectos, una vez recaída sentencia en aquel, y a acudir finalmente al proceso declarativo, inicialmente apartado, si la extensión fuera denegada.

Hemos visto que la “identidad” que requiere el proceso testigo, por las consecuencias que se esperan de este, y especialmente de la sentencia que le pone fin, no debería quedar reducida a la mera “equivalencia”, “igualdad” o “identidad” de las condiciones generales discutidas o de las acciones ejercitadas, sino que, como pone de manifiesto el art. 519, debería abarcar una identidad más profunda como la equivalencia de las situaciones jurídicas de cada una de las demandas.

Con independencia de ello, tendría que haber quedado aclarado si la identidad de las cláusulas impugnadas equivale a la identidad de la pretensión, si es equiparable a la identidad de situaciones que requiere el art. 519.2, si nos encontramos ante dos circunstancias diferentes cuya convergencia debería ser comprobada para autorizar la tramitación de un pleito testigo y la posterior extensión o si estamos ante un requisito que permite analizar, en el supuesto de las extensiones “autónomas”, que la controversia a la que se intenta aplicar una sentencia constituye la misma situación jurídica que ha sido resuelta por tal resolución, quedando excluido este motivo para las extensiones derivadas del pleito testigo. Además, el legislador debería pronunciarse sobre si la exigencia de la identidad de situaciones solo está pensada para la extensión autónoma, tal y como acontece en el orden contencioso-administrativo.

De mantener la actual redacción sin más especificación, sería necesario que las relaciones jurídicas en las que están interesadas las partes hayan soportado un devenir tan similar que la identidad de los hechos y, por consiguiente, de situaciones, justifique que una sola sentencia pueda resolver todas las pretensiones. En caso contrario, uno de los aspectos más controvertidos, y que debería recibir una interpretación clara por la jurisprudencia será la definición del grado de equivalencia entre “situaciones jurídicas” o entre “situaciones jurídicas” y “pretensión” que se exige para acordar la extensión de efectos.