

# NUEVOS DEBATES ACERCA DEL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL

## **Dirección**

**Cristina Alonso Salgado  
Ana Rodríguez Álvarez  
Almudena Valiño Ces**

## **Coordinación**

**Mario Neupavert Alzola  
Agustina Santos Curbelo  
Lucía Fernández Ramírez**



# **NUEVOS DEBATES ACERCA DEL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL**

## **Dirección**

Cristina Alonso Salgado

Ana Rodríguez Álvarez

Almudena Valiño Ces

## **Coordinación**

Mario Neupavert Alzola

Agustina Santos Curbelo

Lucía Fernández Ramírez

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

El presente trabajo se ha realizado en el marco de la Ayuda de la Xunta de Galicia para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas de Galicia (grupos con potencial crecimiento) para el período 2022/2024 (exp. ED431B 2022/18).



XUNTA  
DE GALICIA

CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN,  
CIENCIA, UNIVERSIDADES E  
FORMACIÓN PROFESIONAL

© Copyright by  
Los autores  
Madrid, 2024

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-655-1

DOI: <https://doi.org/10.14679/3872>

Preimpresión por:  
Realizada por los autores

## AUTORAS Y AUTORES

AGUSTINA SANTOS CURBELO

Profesora y Coordinadora Programas Académicos Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

ALMUDENA GALLARDO RODRÍGUEZ

Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca.

ALMUDENA VALIÑO CES

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

ANA SÁNCHEZ RUBIO

Profesora Titular de Derecho procesal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

COVADONGA LÓPEZ SUÁREZ

Investigadora predoctoral del Plan Estatal FPU de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz.

CRISTINA ALONSO SALGADO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

IXUSKO ORDEÑANA GEZURAGA

Profesor Titular Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco.

LARA MORQUECHO

Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata.

LUCÍA MORENO GARCÍA

Profesora Permanente Laboral de Derecho Procesal (acred. Profesora Titular) de la Universidad de Almería.

MARÍA LOURDES NOYA FERREIRO

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

MARIO NEUPAVERT ALZOLA

Investigador Predoctoral UCA FPI de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz.

MIREN JOSUNE PÉREZ ESTRADA

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco.

## SUMARIO

### DEBATES EN TORNO A LOS GASTOS DERIVADOS DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LAS CRISIS MATRIMONIALES..... 12

Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ

1. VIVIENDA FAMILIAR Y DISTRIBUCIÓN DE GASTOS: CUESTIONES PREVIAS..... 12
2. GASTOS DERIVADOS DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR..... 14
  - 2.1. Gastos de servicios, suministros o reparaciones ordinarias de la vivienda ..... 14
  - 2.2. El pago de la cuota ordinaria de la comunidad de propietarios. Últimos pronunciamientos jurisprudenciales..... 15
3. REFLEXIÓN FINAL ..... 18
4. BIBLIOGRAFÍA ..... 19

### BREVE APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ENTRENAMIENTO PERSONAL ..... 22

Covadonga LÓPEZ SUÁREZ

1. ALGUNAS PINCELADAS SOBRE EL ENTRENADOR PERSONAL ..... 22
2. ¿PUEDE TENER QUE RESPONDER EL ENTRENADOR PERSONAL DE LA NO OBTENCIÓN DE LOS OBJETIVOS DE SU CLIENTE? ..... 24
3. ¿RESPONDE EL ENTRENADOR PERSONAL POR LAS LESIONES SUFRIDAS DURANTE EL ENTRENAMIENTO? ..... 28
4. RESPUESTAS Y NUEVAS INCÓGNITAS ..... 32
5. BIBLIOGRAFÍA ..... 32

### SERVICIOS JURÍDICOS PRO BONO Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: DIFERENCIAS EN EL MARCO DE LA AUSENCIA DE PRECIO..... 34

Mario NEUPAVERT ALZOLA

1. INTRODUCCIÓN ..... 34
2. EL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS PRO BONO ..... 35
3. PRO BONO *VERSUS* ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA ..... 37
4. CONCLUSIONES ..... 41
5. BIBLIOGRAFÍA ..... 42

### ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: ACERCA DE LA OBLIGACIÓN DE ABONO DEL PRECIO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS..... 43

Mario NEUPAVERT ALZOLA

1. INTRODUCCIÓN ..... 43

2.	SOLICITUD Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO .....	45
2.1.	Supuestos generales .....	45
2.2.	Asistencia jurídica gratuita a víctimas de violencia de género en situación de irregularidad administrativa.....	50
3.	EL PRECIO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS ANTE SUPUESTOS NO INCLUIDOS EN EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	51
4.	¿ESTÁ JUSTIFICADA LA CONCESIÓN DEL DERECHO, INDEPENDIEMENTE DE QUE EXISTAN RECURSOS?.....	54
5.	CONCLUSIONES .....	56
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	57
7.	JURISPRUDENCIA EMPLEADA .....	58

LA LEGITIMACIÓN PARA LA TUTELA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN: ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO AL 11 BIS LEC .....59

Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

1.	INTRODUCCIÓN .....	59
2.	LA LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN .....	60
3.	BIBLIOGRAFÍA.....	66

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS PROCESOS ESPECIALES DE INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO: UN ¿DEMANDANTE? SUI GÉNERIS .....68

Ana SÁNCHEZ RUBIO

1.	INTRODUCCIÓN.....	68
2.	LEGITIMACIÓN ACTIVA .....	69
2.1.	Internamientos no voluntarios urgentes .....	69
2.2.	Internamientos no voluntarios ordinarios.....	76
3.	BIBLIOGRAFÍA.....	81

EL PLEITO TESTIGO: CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE SU REGULACIÓN EN EL PROCESO CIVIL.....82

María Lourdes NOYA FERREIRO

1.	INTRODUCCIÓN .....	82
2.	AMBITO DE APLICACIÓN .....	89
3.	PROCEDIMIENTO .....	92
3.1.	Identificación del pleito testigo.....	92
3.2.	Intervención de las partes.....	94
3.3.	Posición del demandante ante la notificación de la sentencia firme dictada en el proceso testigo .....	96

3.3.1.	Desistimiento.....	97
3.3.2.	Continuación del procedimiento .....	98
3.3.3.	Extensión de efectos de la sentencia.....	99
4.	BIBLIOGRAFÍA.....	104

EL PROCEDIMIENTO TESTIGO Y LA EXTENSIÓN DE EFECTOS EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE..... 106

Lucía MORENO GARCÍA

1.	INTRODUCCIÓN.....	106
2.	EL NUEVO PROCEDIMIENTO TESTIGO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL .....	107
2.1.	Ámbito de aplicación .....	108
2.2.	Iniciación.....	108
2.3.	Sustanciación y resolución .....	109
3.	LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE CIERTAS SENTENCIAS DE CONSUMO .....	111
4.	BIBLIOGRAFÍA.....	113

¿MEDIACIÓN VOLUNTARIA U OBLIGATORIA?: ANÁLISIS DE UN DEBATE INACABADO ..... 115

Almudena VALIÑO CES

1.	INTRODUCCIÓN.....	115
2.	LA VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN SEGÚN LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO.....	116
3.	A VUELTAS CON LA POSIBLE OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIACIÓN.....	120
4.	EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN: SU CONFIGURACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD .....	122
5.	CONCLUSIONES .....	125
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	126

CUANDO ¿CAPERUCITA SE COME AL LOBO?... O SOBRE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO CIVIL ..... 129

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA

1.	A MODO DE INTRODUCCIÓN: TIEMPOS REVUELTOS EN LA VIDA POLITICA DEL PAÍS Y NECESIDAD DE CLARIFICAR CUESTIONES ESENCIALES.....	129
2.	SOBRE LA DENOMINACIÓN DE LOS MECANISMOS EXTRAJUDICIALES Y SU RELACIÓN CON LA VÍA JUDICIAL .....	131
2.1.	Cuestiones esenciales y anudadas.....	131
2.2.	Los mecanismos extrajudiciales son complementarios de la vía judicial y no son siempre adecuados .....	131
2.3.	El sistema estatal de justicia o la diversificación de los mecanismos de resolución de conflictos: la libertad como eje y el poder judicial como centro .....	132

3.	LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO CIVIL .....	133
3.1.	Coyuntura en la que se plantea la cuestión.....	133
3.2.	Lectura crítica .....	136
4.	BIBLIOGRAFÍA .....	137
LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ENTORNO ODR .....		140
Miren Josune PÉREZ ESTRADA		
1.	EFFECTOS DE LA TECNOLOGÍA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA .....	140
2.	SURGIMIENTO DE LOS MASC EN LÍNEA Y PLATAFORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS .....	141
2.1.	Aplicación de inteligencia artificial en ODR.....	142
2.2.	I-Arbitraje o I-Mediación .....	143
3.	LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ENTORNO ODR .....	144
3.1.	Marco normativo europeo de la protección de los datos personales .....	144
3.2.	La necesaria protección de los datos personales en entornos ODR.....	145
4.	BIBLIOGRAFÍA .....	147
LA PRUEBA ELECTRÓNICA. UNA MIRADA DESDE URUGUAY .....		149
Agustina SANTOS CURBELO		
1.	INTRODUCCIÓN .....	149
2.	ESPECIFICIDAD DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA .....	150
3.	URUGUAY DIGITAL .....	151
4.	PRUEBA ELECTRÓNICA EN URUGUAY .....	153
5.	CONCLUSIONES .....	155
6.	BIBLIOGRAFÍA .....	156
UNA NUEVA MIRADA DEL PROCESO JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: LA GESTIÓN DE LA PRUEBA Y ALGUNAS HERRAMIENTAS PARA ABORDAR LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL EN ARGENTINA .....		157
Lara MORQUECHO		
	RESUMEN .....	157
1.	INTRODUCCIÓN .....	157
2.	EL SISTEMA DE JUSTICIA EN CLAVE DE GÉNERO .....	158
3.	LA GESTIÓN DE LA PRUEBA CON ENFOQUE CONVENCIONAL.....	161
4.	ALGUNAS HERRAMIENTAS PROCESALES PARA APLICAR EN LA GESTIÓN PROBATORIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ARGENTINA .....	163
5.	LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.....	164
6.	EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN: INDICIOS Y BUENA FE PROCESAL.....	166
7.	LA DISTINCIÓN ENTRE INSTITUTOS Y LA IMPORTANCIA DE LA CARGA DINÁMICA EN MATERIA DE GÉNERO COMO CASOS COMPLEJOS .....	167

8.	LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PAUTA DE INTERPRETACIÓN DE LAS MEJORES CONDICIONES PROBATORIAS .....	168
9.	JURISPRUDENCIA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO ¿ES SUFICIENTE? .....	170
10.	CONCLUSIONES .....	172

CRÓNICA DEL SEMINARIO DE CONCLUSIONES DE PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN. PROYECTOS “INTELIGENCIA ARTIFICIAL, JUSTICIA Y DERECHO: ¿IRRUPCIÓN O DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA EN EL PROCESO PENAL?, “DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: NUEVOS HORIZONTES JURÍDICOS DE LA PERSONALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD ROBÓTICAS” Y “EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ACTUAL ENTORNO TECNOLÓGICO Y SOCIAL” .....	174
--	-----

Mario NEUPAVERT ALZOLA y Cristina ALONSO SALGADO

RECENSIÓN DE LA MONOGRAFÍA: VALIÑO CES, Almudena, <i>La mediación extrajudicial, intrajudicial y electrónica: una visión desde la óptica procesal civil</i> , Colex, A Coruña, 2023, 344 páginas. ISBN: 978-84-1194-060-3 .....	178
---	-----

Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

# DEBATES EN TORNO A LOS GASTOS DERIVADOS DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LAS CRISIS MATRIMONIALES

Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ  
Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil  
Universidad de Salamanca

## 1. VIVIENDA FAMILIAR Y DISTRIBUCIÓN DE GASTOS: CUESTIONES PREVIAS

La vivienda familiar genera una serie de gastos que deben seguir siendo abonados por los cónyuges después de la ruptura matrimonial, lo que, en ocasiones, al no llegar a un acuerdo, genera un nuevo conflicto entre los mismos con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio. Ante esta situación, es necesario estudiar qué tratamiento legal se ofrece por parte de nuestro sistema judicial ante la distribución de gastos derivados del uso de la vivienda familiar.

Concretamente, la atribución del uso de la vivienda familiar está regulada en el artículo 96 CC, precepto que se ha modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>1</sup>. Hay que señalar que el precepto no se reformaba desde la redacción original ofrecida por la Ley de 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Desde entonces, la sociedad ha evolucionado y ha experimentado cambios que han tenido su reflejo en la Ley, lo que ha llevado al legislador a introducir reformas en materia de Derecho de familia, excepto en la atribución de la vivienda familiar, que se ha mantenido intacta desde su redacción original, a pesar de haberse visto afectado indirectamente por alguna otra materia que sí se ha regulado desde entonces. A modo de ejemplo, podemos señalar la aprobación de la custodia compartida, que en el año 2005 se reguló por primera vez en el Código Civil mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio; sin

---

<sup>1</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (RCL 2021\1062). Como establece el preámbulo de la Ley, la reforma trata de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su art. 12 determina «*que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*». El propósito de la Convención es «*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente*». A través de la interpretación del citado texto internacional, al precepto se le ha dado una nueva redacción.

embargo, el legislador no hizo las modificaciones que afectaban a la atribución de la vivienda familiar en estos supuestos.

El principal motivo de la reforma del artículo 96 CC ha sido prever un criterio de atribución del uso de la vivienda en situaciones de discapacidad de los hijos, pero a mayores se han reformado algunos puntos del artículo, lo que ha supuesto un avance importante en la regulación del precepto, al margen de que todavía quedan cuestiones pendientes de regular, como es el régimen de gastos que ocasiona la vivienda familiar, objeto de estudio. Por ello, sigue siendo necesario avanzar hacia una modificación más completa e integral del precepto<sup>2</sup>. Asimismo, diversas legislaciones de distintas Comunidades Autónomas, con competencia en materia civil, poseen su propia regulación sobre la atribución del uso de la vivienda familiar<sup>3</sup> y, en concreto, dos legislaciones regulan el régimen de gastos de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial. Nos referiremos a la legislación de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, el Libro II del Código Civil Catalán denominado “de la persona y la familia”)<sup>4</sup> y País Vasco (Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en Supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores)<sup>5</sup>.

Tenemos que partir que, respecto al abono de los gastos de la vivienda familiar, en principio, si los cónyuges inician un procedimiento matrimonial de mutuo acuerdo pueden fijar en el convenio regulador quién se encargará del pago de cada uno de los gastos. A falta de acuerdo, la autoridad judicial será quién lo determine, pero, normalmente, las resoluciones judiciales de separación o divorcio no se pronuncian sobre el régimen de gastos, al no regularlo el artículo 96 CC. Esto da lugar a que, una vez finalizado el procedimiento matrimonial, surja un nuevo conflicto entre los cónyuges, al no ponerse de acuerdo sobre quién debe abonar determinados gastos, por lo que inician un nuevo procedimiento para reclamar el abono de esos gastos. En este sentido, para determinar a quién le corresponde abonar los gastos generados por la vivienda hay que diferenciar dos tipos de gastos que la afectan: gastos derivados del uso de la vivienda, que corren a cargo del cónyuge al que se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar; y los gastos inherentes a la propiedad, que deberán afrontarse por el propietario.

---

<sup>2</sup> Pueden verse diversas cuestiones pendientes de reforma en: GALLARDO RODRÍGUEZ, A., “A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9990, 2022.

<sup>3</sup> También regulan la atribución del uso de la vivienda familiar, aunque no prevean un régimen de gastos: CA Aragón: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas” (LARG 2011\118); CA Navarra: Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la compilación del derecho civil foral de Navarra o fuero nuevo ((RCL 1973\456).

<sup>4</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (LCAT 2010\534).

<sup>5</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en Supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores (LPV 2015\234).

En el presente artículo nos centraremos en los primeros de ellos, con el fin de plantear los debates más recurrentes a nivel legal y cómo se han abordado desde la doctrina y la jurisprudencia.

## 2. GASTOS DERIVADOS DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

### 2.1. Gastos de servicios, suministros o reparaciones ordinarias de la vivienda

Los gastos relacionados con el uso de la vivienda son aquellos que derivan de su utilización, entre los que se encuentran los gastos de servicios y de suministros (luz, agua, gas o teléfono)<sup>6</sup> o las reparaciones ordinarias de la vivienda<sup>7</sup>. Dado el carácter de gastos ordinarios de la vivienda, no hay duda de que deben ser abonados por el cónyuge que disfruta del uso de la misma. En este sentido, existe un criterio unánime por parte de la doctrina de las Audiencias Provinciales de que dichos gastos los abone la persona que tiene el uso de la vivienda familiar, *“salvo que en algún caso especial la sentencia que pone fin a la crisis matrimonial disponga otra cosa; sin perjuicio de que se tenga en cuenta al tiempo de fijar el importe de las pensiones a satisfacer por el otro cónyuge. Art. 97.8 y 147 CC”*<sup>8</sup>. Aunque estamos ante un criterio de aplicación general, es posible encontrar matizaciones teniendo en cuenta la pensión económica que recibe el otro cónyuge y como esta cantidad influye en la distribución de los gastos de la vivienda familiar.

Si acudimos a la legislación de las CCAA, en concreto, la legislación del CCCat. regula un régimen de gastos en el párrafo segundo del artículo 233-23.2<sup>9</sup>, donde determina que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y suministro los abonará el cónyuge usuario, por lo que en este aspecto sigue la jurisprudencia consolidada existente<sup>10</sup>. Además de estos gastos, el legislador de Cataluña ha incluido como gastos a cargo del usuario la cuota ordinaria de la comunidad de propietarios, las tasas y el impuesto de bienes inmuebles (IBI). En el mismo sentido, la legislación del País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, lo prevé en el apartado noveno del artículo 12, en el que incluye como gastos

---

<sup>6</sup> Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia menor existe unanimidad sobre a quién le corresponde el pago de los gastos que derivan de la utilización de la vivienda. *Cfr.* “Vivienda Familiar. Extensión del derecho de uso, gastos, y derecho de terceros”, *Sepin*, jurisprudencia al detalle, persona y familia, junio 2008, núm. 78, p. 45.

<sup>7</sup> PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio, estudio doctrinal introductorio, problemática jurisprudencia ordenada y sistematizada, esquemas procesales, formularios generales, casos prácticos, normativa reguladora*, Bosh, Barcelona, 2011, p. 94.

<sup>8</sup> PÉREZ GALVÁN, M.<sup>a</sup>; ROCA TRÍAS, E. y OTROS, *Memento Experto. Crisis Matrimoniales*, coord. Encarnación Roca Trías, 4.<sup>a</sup> ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 300.

<sup>9</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (LCAT 2010\534).

<sup>10</sup> CASO SEÑAL, M., “Comentario al art. 233-23 CCCat.”, en VVAA, *Persona y familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, coord. general Encarnación Roca Trías, coord. de este volumen, Pascual Ortuño Muñoz, Sepín, Madrid, 2011, pp. 927 y 928.

ordinarios aquellos que corren a cargo del cónyuge beneficiario del uso de la vivienda: los gastos de conservación, mantenimiento y reparación de vivienda, además de los de comunidad y suministros, los tributos y tasas o impuestos de devengo anual<sup>11</sup>.

En la necesidad de reforma el artículo 96 CC, en la propuesta del Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en el artículo 219-28.2, incluyen como gastos derivados del uso los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble así como la cuota ordinaria de la comunidad de propietarios, los cuales deben ser asumidos por el cónyuge usuario de la vivienda familiar, así dispone: *“Con independencia de que la titularidad de dicha vivienda sea común o pertenezca en exclusiva a uno de los cónyuges, el que resulte beneficiado con su uso viene obligado a satisfacer los gastos ordinarios derivados de la utilización y mantenimiento del inmueble, así como las cuotas devengadas mensualmente en un régimen de propiedad horizontal”*<sup>12</sup>. En ambas legislaciones, y en la citada propuesta de reforma, se incluyen como gasto ordinario la cuota de la comunidad de propietarios. A mayores, las legislaciones de las CCAA incluyen los tributos y tasas o impuestos de devengo anual, gastos que han sido objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial. Por este motivo, analizaremos dichos gastos para determinar, desde nuestro propio criterio, quién de los cónyuges debe abonar cada uno de ellos (si el usuario o el propietario; o si ambos fueran copropietarios, ambos cónyuges por mitad). En primer lugar, nos centraremos en el pago de la cuota ordinaria de la comunidad de propietarios, al considerarlo un gasto de uso de la vivienda familiar; posteriormente, cuando examinemos los gastos de la vivienda familiar vinculados con la propiedad analizaremos, entre otros gastos, el IBI.

## **2.2. El pago de la cuota ordinaria de la comunidad de propietarios. Últimos pronunciamientos jurisprudenciales**

La cuota ordinaria de la comunidad de propietarios es una participación que cubre los gastos de conservación, mantenimiento, reparaciones ordinarias y suministros del edificio, como la limpieza, el ascensor, la luz, el agua comunitaria, la portería, etc. El criterio mayoritario, tanto en la Audiencias Provinciales<sup>13</sup> como en la doctrina<sup>14</sup>, sobre el pago de esta cuota ha consistido en diferenciar entre gastos de comunidad ordinarios y extraordinarios. Así, los

---

<sup>11</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en Supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores (LPV 2015\234).

<sup>12</sup> Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. [https://www.derehocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](https://www.derehocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf)

<sup>13</sup> Entre otras: SAP Barcelona (Sec. 18.ª) de 10 de abril de 2000; SAP Alicante (Sec. 4.ª) de 18 de octubre de 2001; SAP Barcelona (Sec.12.ª) de 13 de marzo de 2003; SAP Barcelona (Sec. 18.ª) de 29 de diciembre de 2004; SAP Madrid (Sec. 22.ª) de 27 de octubre de 2006; SAP Madrid (Sec. 24.ª) de 13 de marzo de 2008, ponente: Hernández Hernández, Mª Rosario.

<sup>14</sup> En la doctrina los partidarios de esta postura la fundamentan sobre los mismos argumentos, entre otros: GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Colección Familia y Derecho, Madrid, 2013, p. 207.

gastos ordinarios debe abonarlos el usuario, al ser quien se beneficia de dichos servicios, pues es el que exclusivamente hace uso de los mismos; mientras que las derramas de la comunidad que se acuerdan con carácter extraordinario, como, por ejemplo, arreglos en la fachada, sustitución de tuberías, pintar el portal, etc. procede imponerlos al titular/es de la vivienda.

Un sector de la jurisprudencia menor ha mantenido que la cuota de la comunidad es un gasto que grava la propiedad de la vivienda, por lo que su pago debe imponerse al cónyuge titular o a ambos si son propietarios de la misma. Este es el criterio que ha seguido el STS 373/2005, de 25 de mayo<sup>15</sup>. En la sentencia, la discusión entre los cónyuges versa sobre la inclusión de determinadas partidas en el pasivo del inventario. En concreto, se discutía si los gastos de la comunidad de propietarios se debían incluir en el pasivo del inventario correspondiente al crédito de la esposa. El TS revoca el pronunciamiento de la AP, ratificando lo que se dictó por el JPI, y lo fundamenta con los siguientes argumentos: dichos gastos corresponden a la comunidad, cuyos comuneros son los propietarios, de acuerdo con lo que fija el artículo 9.1.e) LPH, que señala que el propietario tiene la obligación *“de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización”*. Posteriormente, esta doctrina ha sido seguida por la STS 588/2008, de 18 junio<sup>16</sup>, y la STS 399/2018 de 27 de junio<sup>17</sup>. Esta última sentencia indica que *“en relación con los gastos derivados de la propiedad, como son los de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles, que tienen carácter ‘propter rem’, corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble. La cuestión aparece clara en relación con los impuestos que gravan el inmueble, como es el IBI, (STS de 563/2006, de 1 de junio”* y añade que *“salvo que exista previsión expresa en contrario, los gastos de comunidad derivados de la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular de la misma con independencia de a quién se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial”*. Por tanto, sobre la cuota de comunidad de propietarios, las citadas resoluciones ofrecen el mismo tratamiento tanto a los gastos de uso como de propiedad, y consideran un gasto derivado de la

---

<sup>15</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 373/2005, de 25 de mayo. *Vid.* comentario sobre la sentencia en: FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., “Comentario a la sentencia de 25 de mayo de 2005”, CCJC, núm. 70/2006 parte Comentario, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2006

<sup>16</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 588/2008, de 18 junio.

<sup>17</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 399/2018 de 27 de junio. Puede verse un comentario al respecto en: MINERO ALEJANDRE, G., “Gastos de comunidad de vivienda familiar de carácter ganancial cuyo uso se atribuye a los hijos del matrimonio y a uno de los cónyuges tras el divorcio: Comentario a STS, de 27 de junio de 2018”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, núm. 110, 2019, pp. 29-46; ORDÁS ALONSO, M., “Atribución del uso de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio y contribución al abono de los gastos de comunidad. Comentario a la STS, de 27 de junio de 2018”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, núm. 116, 2021, pp. 11-30.

propiedad que debe ser atribuido al propietario, atribuyéndole un carácter *propter rem*. En cambio, si el bien se calificara como ganancial, pasaría a considerarse un gasto más de la sociedad de gananciales.

Desde nuestra perspectiva particular, somos partidarios de diferenciar entre gastos ordinarios y gastos extraordinarios. Fundamentamos esta postura en el mismo sentido que los autores de la doctrina que se posicionan a favor de la misma<sup>18</sup>. Por una parte, nos atenemos a razones de justicia material y equidad. Al igual que existe jurisprudencia consolidada respecto a que los gastos de uso de la vivienda los abone el cónyuge usuario, al ser la persona que hace un consumo de esos gastos, lo mismo ocurre con los gastos ordinarios de la comunidad, puesto que cubre servicios que son utilizados por el cónyuge beneficiario de la vivienda, por lo que es justo que, en el mismo sentido, los costee el cónyuge usuario. Por su parte, el titular de la vivienda debe abonar los gastos que deriven de forma clara de la propiedad. En este sentido, como excepción e interpretación en contrario, el TS confirmó en una sentencia de fecha de 25 de septiembre de 2014 que los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios pueden adjudicarse al cónyuge usuario de la vivienda *“en aras al equilibrio económico entre las partes”*<sup>19</sup>, y si así lo establece una sentencia de separación o divorcio. Los hechos que dieron lugar al litigio hacen referencia a determinar si los gastos ordinarios de comunidad de propietarios pueden atribuirse al cónyuge al que se le adjudica el uso de la vivienda común, o si el pago de estos corresponde a ambos cónyuges, cuando ambos sean copropietarios. Tanto en primera como en segunda instancia, se determina que los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios deben ser cubiertos por el cónyuge al que se le ha adjudicado el uso de la vivienda familiar. De igual modo, a ambos se le atribuyen por mitad el pago de los gastos extraordinarios, IBI, seguros y demás partidas similares. Esta línea seguida tanto por el juzgado como por la Audiencia Provincial es ratificada en el mismo sentido por el TS.

De acuerdo con la fundamentación del TS, la regla general en base a la LPH (art. 9) es que dicho gasto corresponde abonarlo al propietario, pero admite excepciones: un Tribunal de familia puede acordar, *“en aras al equilibrio económico entre las partes (art. 103 CC), que el excónyuge que utilice la vivienda ganancial sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación”*. Añade que este pronunciamiento no es contrario a la LPH, porque la ley rige los acuerdos entre propietarios y la Comunidad, sin perjuicio de los acuerdos internos entre los cónyuges. Lo mismo ocurre en materia de arrendamiento, puesto que, si los cónyuges viven de alquiler, el artículo 20 LAU dispone que la obligación del pago

---

<sup>18</sup> En este sentido, entre otros: ANDRÉS JOVEN, J; CARRERAS MARAÑA, J. M.; HIJAS FERNÁNDEZ, E.; MANZANA LAGUARDA, P.; OSA FERNÁNDEZ, F. J.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, N., *“Los gastos de una vivienda familiar atribuida a los hijos menores y al progenitor custodio, ¿Quién ha de abonarlos?”*, *Sepin*, Encuesta Jurídica, julio 2008; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>19</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 508/2014 de 25 septiembre.

de los gastos de la comunidad corresponda al propietario, salvo que el arrendador o el arrendatario lo pacten en el contrato de arrendamiento. Y concluye: *“si bien frente a terceros, esto es la Comunidad de Propietarios, no se puede alterar el que es el titular de la vivienda obligado al pago de los gastos a que se refiere el art. 9 LPH, en las relaciones internas entre los cónyuges, igual que en las relaciones internas entre inquilino y propietario, puede la sentencia matrimonial, en el primer caso, como el contrato de inquilinato, en el segundo, alterar el responsable de su pago en las relaciones internas que surgen entre los titulares del uso y de la propiedad”*. También, para justificar esta postura puede recurrirse por analogía a los artículos 500 CC y 501 CC, referentes al derecho de usufructo, que hacen referencia a que el usuario se hace cargo de las reparaciones ordinarias necesarias dadas en uso<sup>20</sup>. Además, define las reparaciones ordinarias como *“las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan de uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación”*; y que las reparaciones extraordinarias sean a cargo del propietario.

Con posterioridad se han dictado otras sentencias, siguiendo la línea marcada por la presente sentencia, la STS 593/2021 de 13 de septiembre, resolvió un caso de desacuerdo en el pago ordinario de la cuota de comunidad de propietarios<sup>21</sup>. En el procedimiento de divorcio se le atribuye el uso de la vivienda familiar a la mujer, la cual era propiedad de su exmarido. Con posterioridad, el hombre interpone una demanda contra la exmujer, en el cual le reclama el pago de los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios y tasa de basuras, cuyo uso y disfrute se atribuyó a su exmujer tras el divorcio. El TS determina que, en el procedimiento de divorcio, el juzgado de Familia no se pronunció al respecto, por lo que infringe la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, por lo que ante dicho silencio le corresponde el abono al propietario desestimando el recurso en este punto en concreto, *“sin perjuicio de lo que pueda acordar el juzgado de familia, en los casos de crisis conyugal”*. Recientemente, se ha pronunciado otra sentencia de STS 244/2022 de 29 de marzo<sup>22</sup>, que vuelve a ratificar la postura del TS planteada en el 2014.

### 3. REFLEXIÓN FINAL

La vivienda familiar es una de las fuentes de conflictos tras la crisis matrimonial, el debate no solo surge sobre a quién se le asigna el uso de la vivienda, sino que son diversos los motivos de disputa relacionados con la misma, entre los que se encuentran los gastos derivados de su uso y propiedad. Entre estos gastos, nos

---

<sup>20</sup> El artículo 528 CC referente al derecho de uso y habitación aplica las mismas disposiciones que para el usufructo.

<sup>21</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) 593/2021 de 13 septiembre.

<sup>22</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) sentencia 244/2022 de 29 marzo. Igualmente, han seguido se muestran partidarias de esta línea, por partes de las resoluciones de las Audiencias Provinciales, entre otras: SAP Cádiz (Secc. 5) 635/2019, de 16 septiembre; SAP Málaga (Secc. 6) 10/2018, de 10 enero; SAP Palencia (Secc. 1), sentencia 188/2017, de 6 julio; SAP Málaga (Secc. 6), sentencia 142/2016, de 2 marzo.

hemos centrado en aquellos derivados del uso de la vivienda, haciendo referencia a los que aluden al pago de servicios, suministros o reparaciones ordinarias y al que se añade y destaca el relativo a cómo se atribuye el pago relativo a la cuota ordinaria de la comunidad de propietarios, que cuenta con diversos pronunciamientos por parte del TS. Hemos podido observar una clara evolución de las altas instancias judiciales ante un gasto que suscita controversia, llegando a la siguiente conclusión: sobre el pago de la cuota de comunidad de propietarios regirá primero el posible acuerdo de los cónyuges en un convenio regulador en el que decidan quién abona los mismo; en caso de una separación o divorcio contencioso, la sentencia que pone fin al mismo, en las medidas definitivas, puede acordar una decisión sobre el cónyuge que abona los mismos. Así, siguiendo a la citada doctrina jurisprudencial corresponde al cónyuge usuario, en base a que “en aras al equilibrio económico entre las partes (art. 103 CC)”, ello no contradice el LPH que indica que la cuota corresponde al propietario. No obstante, en el supuesto de no haber indicado a quien le corresponde dicho abono en un convenio regulador o si la sentencia de divorcio no se pronuncia al respecto (un Juzgado de Familia) corresponde al propietario de la vivienda el pago de dichos gastos o si ambos son copropietarios a la mitad, es decir, al cincuenta por ciento cada uno de ellos.

Si bien, debemos finalizar apuntando que al igual que las legislaciones autonómicas, es necesario para zanjar posibles debates, que el artículo 96 CC prevea un régimen donde se regulen los gastos del uso de la vivienda familiar para evitar que los cónyuges inicien un nuevo procedimiento cuando no llegan a un acuerdo sobre determinados pagos relativos a la vivienda. En este sentido, sería conveniente a nivel legal que se determinara que los gastos de uso, esto es, los gastos ordinarios de la vivienda incluidos los gastos ordinarios de la cuota de la comunidad de propietarios y la tasa de basuras corran a cargo del cónyuge beneficiario del uso de la vivienda.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

ANDRÉS JOVEN, J.; CARRERAS MARAÑA, J. M.; HIJAS FERNÁNDEZ, E.; MANZANA LAGUARDA, P.; OSA FERNÁNDEZ, F. J.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, N., “Los gastos de una vivienda familiar atribuida a los hijos menores y al progenitor custodio, ¿Quién ha de abonarlos”, *Sepin*, Encuesta Jurídica, julio 2008.

BUSTO MORENO, Y. B., *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Madrid, Dykinson, 2001.

CASO SEÑAL, M., “Comentario al art. 233-23 CCCat.”, en *VVAA, Persona y familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, coord. general Encarnación Roca Trías, coord. de este volumen, Pascual Ortuño Muñoz, Sepín, Madrid, 2011.

COSTAS RODAL, L., “Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los ex cónyuges de pagar las cuotas hipotecarias

- por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 1, núm. 3 (junio), 2011, pp. 35-44.
- CUENA CASAS, M., “De nuevo, divorcio y pago de hipoteca”, <http://hayderecho.com/2011/05/26/de-nuevo-divorcio-y-pago-de-hipoteca/> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2022].
- GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar*, La Ley, 2020.
- GALLARDO RODRÍGUEZ, A., “A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 9990, 2022.
- GARCÍA MAYO M., “Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, ISSN-e 2341-0566, núm. 24, 2019 (Ejemplar dedicado a: Aspectos económicos de las crisis matrimoniales), pp. 37-51.
- GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Colección Familia y Derecho, Madrid, 2013.
- HERRERO GONZÁLEZ, R., “El Impuesto de Bienes Inmuebles. Su tratamiento jurídico en supuestos de divorcio y atribución del uso de vivienda a uno de los cónyuges”, *Diario La Ley*, núm. 7374, Sección Tribuna, 6 de abril de 2010, Año XXXI, Ref. D-112, Editorial La Ley.
- MINERO ALEJANDRE, G., “Gastos de comunidad de vivienda familiar de carácter ganancial cuyo uso se atribuye a los hijos del matrimonio y a uno de los cónyuges tras el divorcio: Comentario a STS, de 27 de junio de 2018”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, núm.110, 2019, pp. 29-46.
- MINERO ALEJANDRE, G., “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN 1575-720X, núm. 42, 2020, pp. 133-168.
- ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Wolters Kluwer, 2018.
- ORDÁS ALONSO, M., “Atribución del uso de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio y contribución al abono de los gastos de comunidad. Comentario a la STS, de 27 de junio de 2018 ”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, núm. 116, 2021, pp. 11-30.
- PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio, estudio doctrinal introductorio, problemática jurisprudencia ordenada y sistematizada, esquemas procesales, formularios generales, casos prácticos, normativa reguladora*, Bosh, Barcelona, 2011.

- PÉREZ GALVÁN, M.<sup>a</sup>; ROCA TRÍAS, E. y OTROS, *MEMENTO Experto. Crisis Matrimoniales*, coord. Encarnación Roca Trías, 4.<sup>a</sup> ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- PÉREZ MARTÍN, A. J., *Tratado de Derecho de Familia. Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Tomo V, Vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- PÉREZ MEDINA, A., “Vivienda y crisis matrimoniales: Tras el divorcio, la hipoteca a medias”, *Revista Iuris*, Crónicas, núm. 161, junio 2011, La Ley, ISSN: 1137-2435.
- PÉREZ UREÑA, A., “La atribución del uso de la vivienda familiar y el pago de los gastos de la Comunidad de propietarios”, *Prácticas de Tribunales*, núm. 112, Sección Tribuna Libre, enero-febrero 2015, Editorial Wolters Kluwer.

## BREVE APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ENTRENAMIENTO PERSONAL<sup>23</sup>

Covadonga LÓPEZ SUÁREZ

Investigadora predoctoral del Plan Estatal FPU de Derecho Civil  
Universidad de Cádiz

### 1. ALGUNAS PINCELADAS SOBRE EL ENTRENADOR PERSONAL

Hace tiempo que viene siendo frecuente la contratación de entrenadores personales cuando se busca mantener un estilo de vida saludable y activo. Puede que esto se deba al valor añadido que ofrecen sus servicios con respecto a alternativas como las clases guiadas o el ejercicio libre en gimnasios: estos lo primero que harán al recibir a un cliente será valorar aspectos como su forma física o sus hábitos para, en función de qué sea lo que quiera conseguir (adelgazar, incrementar su masa corporal, mejorar su forma física o superar unas pruebas físicas, por ejemplo), pueda elaborar un plan de entrenamiento (que puede acompañarse de un plan de alimentación o simplemente de algunas indicaciones en este sentido) que será el que el cliente siga bajo su atenta mirada. Así, durante las sesiones en las que este se desarrolle, el entrenador será quien pauté qué debe hacer el cliente, cómo debe hacerlo, a qué ritmo, cuándo debe intercalar descansos (y de cuánto tiempo), mantendrá su motivación y vigilará que todo se realice correctamente, debiendo corregirle en caso contrario.

Todo ello se realiza en virtud de un negocio jurídico del que participan dos sujetos: el cliente<sup>24</sup> y el entrenador personal. Este último, legalmente se encuadra dentro de la categoría de “*personal técnico deportivo*” o “*profesional del deporte*” y se atiene a lo establecido por la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte (de ámbito nacional) y por las diversas leyes autonómicas en la materia<sup>25</sup>. De entre todo lo establecido por estas, destacamos que para poder ejercer como tal (y, en consecuencia, como entrenador personal) será necesario disponer de una titulación. Más concretamente, deberán ser graduados en “*Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, (...) técnicos deportivos, (...) técnicos o personas certificadas de formación profesional de la familia de las actividades físicas y deportivas o (...)*”

---

<sup>23</sup> Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación “El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social” (PID2021 – 1226190B-I00), del que es Investigadora Principal la Dra. María Dolores Cervilla Garzón, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz.

<sup>24</sup> El cliente en estos casos no necesariamente habrá de ser considerado consumidor y, por lo tanto, no siempre le será aplicable el régimen jurídico destinado a estos. No obstante, debido a las características de este trabajo, nos circunscribiremos tan solo a aquellas situaciones en las que el cliente sí lo sea al actuar “*con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” (artículo 3 TRLGDCU).

<sup>25</sup> De entre todas, mencionamos dos de ellas a modo de ejemplo: la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía y la Ley 3/2012, de 2 de abril, del Deporte de Galicia.

*entrenadores de las diferentes disciplinas deportivas formados en enseñanzas reconocidas por la legislación*"<sup>26</sup>.

A pesar de que pudiera ser controvertida esta afirmación a la luz de algunas opiniones doctrinales, pudiera decirse de estos que son profesionales liberales. Esta calificación tradicionalmente ha sido atribuida a aquellos prestadores de servicios caracterizados por su eminente carácter intelectual<sup>27</sup> (a menudo identificado con la exigencia de una titulación<sup>28</sup> que, para algunos, debe ser universitaria<sup>29</sup>), por la función social de las labores que desempeñan<sup>30</sup>, su posible colegiación y adhesión a un código deontológico<sup>31</sup>, el carácter oneroso de los contratos perfeccionados<sup>32</sup> o que la relación con sus clientes fuera (aunque no necesariamente) *intuitu personae*<sup>33</sup>. En realidad, los entrenadores personales no cumplen con todas estas exigencias (se les exige una titulación, pero no ha de ser universitaria; hay un colegio profesional, pero tan solo abierto a los licenciados y graduados), pero podría decirse, aunque no entramos en ello dadas las características de este trabajo, que una interpretación contemporánea de estos requisitos, más laxa, podría admitir la inclusión de los entrenadores personales en esta categoría de sujetos.

Como decimos, no es nuestra intención ahondar en la calificación o no del entrenador personal como profesional liberal, pero sí hemos de aclarar que deben este apellido, "*liberal*", a su característica independencia. Hay quien la interpreta como independencia laboral, de forma que no se tendrá por tal a aquel que actúe bajo un contrato de trabajo<sup>34</sup>. Si se atendiera a esta interpretación, los entrenadores personales que están contratados por los gimnasios no serían profesionales liberales, quedando reducida esta consideración tan solo a aquellos que prestasen sus servicios por cuenta ajena (rigiéndose su actividad por

---

<sup>26</sup> Así lo dispone el artículo 22.1.i) de la Ley nacional del deporte.

<sup>27</sup> Como recalcan CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La prestación de servicios profesionales*, Tirant monografías, Valencia, 2001, pp. 25-27; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, pp. 11-13; o GARCÍA PÉREZ, Rosa, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 19-21.

<sup>28</sup> Son interesantes las reflexiones realizadas en este sentido por ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, J.M. Bosch editor, 1997, pp. 38 y 39.

<sup>29</sup> Vid. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La prestación de servicios profesionales*, op. cit., p. 27.

<sup>30</sup> Vid. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La prestación de servicios profesionales*, op. cit., pp. 41-44 y ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, op. cit., p. 39.

<sup>31</sup> Vid. ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, op. cit., pp. 39; GARCÍA PÉREZ, Rosa, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, op. cit., pp. 25 y 26; o CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La prestación de servicios profesionales*, op. cit., pp. 44-51.

<sup>32</sup> ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, op. cit., p. 36.

<sup>33</sup> Vid. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La prestación de servicios profesionales*, op. cit., pp. 34-41 y GARCÍA PÉREZ, Rosa, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, op. cit., pp. 24 y 25.

<sup>34</sup> Como ilustra GARCÍA PÉREZ, Rosa, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, op. cit., p. 23.

parámetros diferentes). Sin embargo, lo exigible no es la independencia laboral, sino la técnica, de tal modo que sean profesionales liberales tanto aquellos entrenadores personales que trabajen por cuenta ajena como quienes lo hagan contratados por gimnasios u otras organizaciones, siempre y cuando en la realización de sus funciones lo hagan dependiendo de sus conocimientos y no siguiendo unas instrucciones dadas<sup>35</sup>.

A lo largo de las páginas que componen este breve capítulo se tratarán de analizar, aunque de manera sucinta dadas las características del mismo, dos cuestiones que preocupan a todo aquel que decide optar por ejercer esta profesión, así como a aquellos usuarios que buscan valerse de sus servicios, ambas relativas, como se aprecia a continuación, al régimen de responsabilidad del prestador.

## **2. ¿PUEDE TENER QUE RESPONDER EL ENTRENADOR PERSONAL DE LA NO OBTENCIÓN DE LOS OBJETIVOS DE SU CLIENTE?**

Cuando una persona decide dedicarse a esta actividad, desempeñando funciones de entrenador personal como modo de vida, o decide invertir en los servicios de uno, no es de extrañar que se cuestione si el entrenador deberá responder de la no obtención de los resultados buscados por el cliente (y que muy probablemente le llevaron a su contratación).

Los entrenadores, como advertíamos al inicio, van a partir en sus funciones de un objetivo concreto, no solo porque los que acuden a ellos lo hacen con un motivo (por ejemplo, porque quieren perder peso), sino principalmente debido a que los entrenamientos variarán dependiendo de qué se quiera conseguir con ellos, si se busca adelgazar o si se busca ganar músculo, si el cliente quiere iniciarse en la actividad deportiva o si quiere prepararse unas pruebas físicas concretas (como serían, por ejemplo, oposiciones como las exigidas para entrar al Cuerpo Nacional de Policía). Esta finalidad, intrínseca a estos servicios, nos lleva a plantear la posible responsabilidad del entrenador, del profesional que los presta, ante su no obtención. Para resolver este interrogante será necesario determinar si la obligación a la que se comprometió este es de medios o si, por el contrario, es de resultado.

En contratos como el que estamos analizando, las obligaciones de medios y de resultado tradicionalmente han sido empleadas para la determinación de su naturaleza jurídica<sup>36</sup>, de tal manera que, si resultaba ser de medios, sería un contrato de arrendamiento (o de prestación) de servicios y, si era de resultado,

---

<sup>35</sup> Vid. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La prestación de servicios profesionales*, op. cit., p. 33.

<sup>36</sup> Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, t. 2, 14ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 737; o JORDANO FRAGA, Francisco "Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fascículo I, 1991, p. 6. En cuanto a la jurisprudencia, en este sentido destacamos la STS 10 de junio 1975.

de obra<sup>37</sup>. Esta distinción entre los contratos de obra y de servicio tal y como la hemos descrito se encuentra actualmente en entredicho, algo que se puede apreciar gracias a los textos normativos europeos en la materia: parece ser que la tendencia marcada indica que es posible la existencia de contratos de servicios cuya obligación principal no haya de ser forzosamente de medios, pudiendo ser así mismo de resultado<sup>38</sup>. Pero, aunque puede que haya cesado esta distinción, así, en su función de diferenciar un contrato de otro, no por ello ha perdido toda utilidad, pues dependerá de si se califica de una forma u otra la obligación principal asumida la determinación de su cumplimiento. Esto es, en función de si concluimos que la obligación asumida por el entrenador es de medios o de resultado, este habrá de responder o no por la no obtención de estos objetivos. El punto de partida para responder a esta incógnita será, por tanto, la definición de ambos tipos de obligaciones: en pocas palabras, mientras que en la de resultado el prestador se va a comprometer a conseguir el resultado exigido y esperado por el cliente, en la de medios su compromiso va a centrarse en la forma de hacerlo, en si actuó correctamente<sup>39</sup>.

Si bien es cierto que no es pacífica la doctrina en torno a esta tipología de obligaciones, habiendo autores que niegan su existencia<sup>40</sup>, a nuestro parecer, y en virtud de lo arriba expuesto, existen diferencias reales entre una obligación en función de la cual el prestador se compromete a conseguir un resultado concreto y otra en la que no se compromete a ello, sino más bien al proceso dirigido a su obtención. La obligación, sea del tipo que sea, se cumplirá cuando se cumpla lo asumido, de tal manera que en un caso será cuando el resultado se obtenga (ganando este relevancia relativa sobre el modo en el que se logró); y, en el otro caso, cuando se entienda que efectivamente la forma de proceder fue correcta. Si lo analizamos, lo primero es muy fácil tanto de discernir como de demostrar, no sucediendo lo mismo con lo segundo, con las obligaciones de medios: es más complejo decidir si se ha hecho todo lo posible o no que acreditar la existencia de

---

<sup>37</sup> Nombrando, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil, op. cit.*, p. 737, la obligación de realizar un “retrato pintado” como ejemplo de obligación objeto de un contrato de arrendamiento de obras y el compromiso del acreedor a realizar “cada día las labores domésticas” como ejemplo de contrato de arrendamiento de servicios. De esta manera, concluye que, si un decorador se obligase a “decorar totalmente” el espacio seleccionado por el arrendatario, el contrato perfeccionado sería de arrendamiento de obra; mas, si se obligara a “trabajar como decorador”, dicho contrato sería considerado de servicios.

<sup>38</sup> Nos referimos concretamente al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* y la *Contract European Sales Law (CESL)*. Esta tendencia fue avalada por la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación de 2009.

<sup>39</sup> Siguiendo lo ya establecido por DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. V, Ed. Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.

<sup>40</sup> Hay quienes consideran todas las obligaciones de medios y quienes entienden que, en realidad, todas son de resultados. A este respecto, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal, op. cit.*, pp. 259-267.

un resultado. Aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina<sup>41</sup> han ido acotando los requisitos o las condiciones que se deben tener en cuenta para averiguarlo, concluyendo que habría sido así de haber actuado el prestador con la diligencia debida (como un buen padre de familia o, como sería en este caso, con la diligencia de un buen profesional determinada por la *lex artis*<sup>42</sup>). Es decir, en el primero de los casos tan solo podría eximirse la responsabilidad por la ausencia de resultado aludiendo alguna de las causas previstas en el artículo 1105 CC (caso fortuito o fuerza mayor)<sup>43</sup>, mientras que en el segundo bastaría con demostrar que no medió culpa del prestador.

Centrándonos en el caso que nos concierne, en los entrenadores personales, podríamos decir que, si se calificara la obligación objeto del contrato perfeccionado con sus clientes de resultado, tan solo se cumpliría si este lograra incrementar su masa muscular, mejorar su movilidad, mejorar su fondo físico o bajar de peso, o cualquiera de los otros posibles objetivos que se hubiera pretendido conseguir. En cambio, si la obligación fuera de medios, aun cuando no se lograra nada de lo anteriormente dicho, sí sería posible que se hubiera cumplido lo pactado. La cuestión de si podrá o no exigirse responsabilidad al entrenador por la no obtención de los objetivos marcados por el cliente, por lo tanto, radicará en determinar la naturaleza de la obligación principal comprometida.

Comenzando por el final, hemos de decir que consideramos que habrá de tenerse esta obligación por una obligación de medios y no de resultado, siendo muy útil para fundamentar esta opinión la amplia jurisprudencia existente en cuanto a la cirugía estética en este sentido. Suele recalcarse en esta la imprevisible reacción del cuerpo humano a estos tratamientos<sup>44</sup>, siendo igualmente cierto que no necesariamente va a responder este como se espera a los entrenamientos diseñados y dirigidos por el profesional (por ejemplo, un problema no diagnosticado de hipotiroidismo puede dificultar la bajada de peso a pesar de que se estén llevando a cabo de forma satisfactoria entrenamientos bien diseñados).

Sin embargo, así como sucede en relación a la medicina satisfactiva, al haber factores que pudieran afectar al resultado final y que dependen plenamente del paciente (como podrían ser los cuidados postoperatorios, cuidados que, de no

---

<sup>41</sup> Vid. por todos CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 33 y 34.

<sup>42</sup> Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, "Responsabilidad profesional: falta de tratamiento unívoco", *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 45, núm. 2, 1997, pp. 165 y 166.

<sup>43</sup> Aunque se excluye como caso fortuito que libere al prestador, la presencia de hechos que, aunque en verdad no dependan de su voluntad ni competencia, deberían haber sido previstos por pertenecer al ámbito de la actividad cuyo resultado se ha comprometido a obtener (STS 233/2001, de 14 marzo y STS 1321/2006, de 18 de diciembre).

<sup>44</sup> Como pone de manifiesto, entre otras, la STS 250/2016, de 13 de abril: "*está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual*".

realizarse correctamente, podrían opacar el trabajo realizado por el cirujano)<sup>45</sup>, ha de tenerse presente la posibilidad de que la no obtención del resultado sea culpa exclusiva del cliente, quedando exonerado el profesional en tal caso. El trabajo de un entrenador personal está enfocado en lograr un impacto en el cuerpo de una persona, tanto a nivel meramente estético y físico como a nivel metabólico y de salud. Para lograr estos objetivos, si bien el ejercicio físico es fundamental, no es este ni mucho menos lo único que se puede y debe hacer para conseguirlo. Hay numerosos factores de los que va a depender que el trabajo físico realizado por el cliente con el entrenador dé sus frutos y que van a recaer por completo en el usuario. El ejemplo más claro de ello es la alimentación: si acuerdan en el contrato que la actividad se desarrollará tres días en semana con el objetivo de perder de peso y el entrenador ha sido diligente en su trabajo, este calibrará los ejercicios que deba hacer su cliente en función de su forma física actual, su composición corporal y unos hábitos alimenticios que bien llevara ya el cliente, bien se comprometiese a seguir. Para que suceda lo que se ha propuesto, es requisito indispensable que la persona se encuentre en déficit calórico: básicamente, que queme más calorías de las que consume. Por lo tanto, si el cliente engaña al entrenador afirmando que sigue las pautas de alimentación cuando no lo hace e injiere alimentos que sobrepasan ampliamente las calorías que el entrenamiento tiene previsto quemar, esta persona no adelgazará (probablemente, ganará peso).

Una de las teorías por las que la doctrina aboga para discernir si una obligación es o no de medios es justamente si el resultado de la actuación del prestador queda sujeto a cierto “*alea*”, de tal manera que, si este escapa a la esfera de control del deudor de la prestación, dependiendo de factores ajenos al mismo, deberá efectivamente tenerse esta por una obligación de medios<sup>46</sup>. Esto es lo que, a la luz de lo anteriormente relatado, sucede con las prestaciones de los entrenadores personales, por lo que debemos concluir, como introducíamos, que por término general esta será una obligación de medios y, en consecuencia, no será posible que la mera no obtención de los objetivos perseguidos conlleve el incumplimiento del contrato por parte de este profesional. Sería necesario para ello justificar que este no actuó con la diligencia debida, y, como consecuencia de lo cual, no se obtuvo dicho objetivo.

No obstante, el hecho de que generalmente sea considerada esta obligación una obligación de medios no impide que, en algunos casos, fruto de la autonomía de la voluntad, las partes acuerden que el resultado se incardine dentro de lo debido por el prestador, esto es, que el entrenador se obligue a la consecución del

---

<sup>45</sup> Vid. STS de 21 de marzo de 1950.

<sup>46</sup> Vid. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios*, op. cit., pp. 29 y ss; ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 61 y ss; y FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 72.

objetivo concreto pretendido por su cliente<sup>47</sup>. El quid de la cuestión estará en discernir en qué casos el objetivo marcado por el usuario en función del que se establece el plan de entrenamiento que debe seguirse (y que no olvidemos que estará siempre presente) forma parte de la prestación comprometida, algo que dependerá del caso en concreto y de cómo se haya detallado este objetivo, si se tiene como una orientación o como una opción de entrenamiento (porque estos cambian según el objetivo) o si “se asegura o garantiza el interés general perseguido”<sup>48</sup> (y así se puede apreciar en el contrato). En el primero de los casos el entrenador se estará obligando a “entrenar a la persona”, obligación de medios; mientras que, en el segundo, se estará obligando a lograr, por ejemplo, “que la persona adelgace/gane masa muscular”, obligación de resultado.

Si bien es evidente que las cláusulas contractuales tendrán un papel fundamental en este sentido (siendo su interpretación concluyente), en caso de que el cliente fuera considerado consumidor (y ya advertíamos que en el seno de este trabajo nos circunscribíamos a este escenario) deberá atenderse asimismo a todo lo contenido en la oferta, promoción y publicidad de este servicio dado que, en virtud del artículo 61.2 TRLGDCU, “las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”. Por lo tanto, podrían tener un efecto determinante en la decisión acerca de la naturaleza de la obligación principal asumida: que se haga uso, por ejemplo, de una imagen de una persona rodeando su cintura con una cinta métrica no necesariamente debe llevar a la conclusión de que el entrenador se compromete a lograr que sus clientes adelgacen; sin embargo, la utilización de fórmulas como “cumpliremos tus objetivos” sí pudiera derivar en este sentido en un dilema de mayor calado al haber creado falsas esperanzas en el consumidor<sup>49</sup>.

### **3. ¿RESPONDE EL ENTRENADOR PERSONAL POR LAS LESIONES SUFRIDAS DURANTE EL ENTRENAMIENTO?**

Otra de las cuestiones que más preocupan a profesionales y usuarios de este sector está relacionada con las lesiones que puedan producirse durante las sesiones de entrenamiento. El deporte tiene efectos muy beneficiosos para la salud tanto a largo como a corto plazo, pero su práctica también conlleva la posibilidad de sufrir daños, en algunas ocasiones de gravedad. Es por ello por lo

---

<sup>47</sup> Vid. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios*, op. cit., p. 30.

<sup>48</sup> En estos términos se expresa la STS 778/2009, de 12 de marzo para concluir que la obligación asumida por un médico no era de medios, sino de resultado, a la luz de lo pactado.

<sup>49</sup> Pudiendo llegar a ser especialmente interesante en este sentido la publicidad encubierta (aunque también la no encubierta) realizada por los denominados “influencers” en sus redes sociales, tal y como apunta PLATERO ALCÓN, Alejandro, *Repercusiones jurídico-civiles de la actividad de los “influencers” digitales*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 191 y 192.

que, al contratar a un entrenador personal, se plantea la duda de si, en el caso de que esto tuviera lugar durante las sesiones dirigidas por este, podría el usuario reclamarle responsabilidad por los daños y perjuicios causados<sup>50</sup>.

En ciertas situaciones, la existencia de unos riesgos que son inherentes a la actividad que explota el prestador resultan en la objetivación de la responsabilidad del mismo, respondiendo este así por los daños causados como consecuencia de esta incluso aunque no hubiera mediado culpa por su parte, incluso a pesar de que hubiera actuado diligentemente<sup>51</sup>. Sin embargo, esta regla no se aplica cuando el usuario que participa de la actividad asume voluntariamente estos riesgos, como sería el caso de los deportistas y, en esta ocasión, de los clientes de los entrenadores personales<sup>52</sup>. En estos casos, la responsabilidad del prestador no será objetiva, sino subjetiva: el cliente asumirá la posibilidad de que al realizar ciertos ejercicios pueda sufrir algún daño o lesión y de estos daños o lesiones no responderá el entrenador en tanto en cuanto no haya mediado culpa por su parte. Con respecto a lo que nos planteábamos al inicio de este epígrafe, esta afirmación da pie a dos implicaciones concretas.

En primer lugar, el usuario asume voluntariamente los riesgos, pero tan solo podrá hacerlo con aquellos que conozca o de los que sea consciente<sup>53</sup>, de tal manera que, si sufre un daño y desconocía esta posibilidad, el entrenador responderá del mismo<sup>54</sup>. El profesional en cuestión, en consecuencia, se verá obligado a informarle previamente de todos ellos.

---

<sup>50</sup> Estas reclamaciones podrían tener lugar como responsabilidad por incumplimiento contractual o responsabilidad extracontractual. En este sentido, *vid.* CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>51</sup> Como sucede en el caso de los parques acuáticos: “El criterio de responsabilidad por riesgos u objetiva en casos de accidentes en parques acuáticos, aunque con algunas matizaciones, es constante en la jurisprudencia menor (SSAP Granada, 5 diciembre 1995, Córdoba 11 septiembre 2001, Tarragona 6 septiembre 2002, Granada 15 enero 2003, Baleares 30 septiembre 2004 y 10 octubre 2006, Almería 1 marzo 2005). Ahora bien, la responsabilidad civil no es absolutamente objetiva, dado que la culpa exclusiva de la víctima puede exonerar a quien se considera en principio culpable, como también la fuerza mayor o el caso fortuito son límites de esta responsabilidad civil” (SAP de Granada 389/2009, de 11 de Septiembre).

<sup>52</sup> *Vid.* ORTI VALLEJO, Antonio, “La responsabilidad Civil en la explotación práctica de actividades de ocio peligrosas”, en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTOS LAGO, José Manuel (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t.II, 5.ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1532 y ss.

<sup>53</sup> *Vid.* BROTO CARTAGENA, Jesús Antonio, “La asunción de riesgos y los daños ocurridos en actividades deportivas”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 143, 2020 y ORTI VALLEJO, Antonio, “La responsabilidad Civil en la explotación práctica de actividades de ocio peligrosas”, *op. cit.*, p. 1538. Este último, concretamente afirma que “tratándose de deportistas no profesionales, se exige que este tenga conocimiento del riesgo que asumen, puesto que no se puede aceptar lo que se desconoce”. Por tanto, si estamos circunscribiendo este estudio a aquellos casos en los que pueda considerarse al cliente un consumidor, en todos ellos se aplicará lo aquí advertido, todo ello consecuencia del art. 18.2.e) TRLGDCU

<sup>54</sup> Aunque no lo hará si la posibilidad de que esta lesión se produjera era conocimiento popular y se entiende que debía saberlo, como aclara la SAP de Tarragona 170/2018, de 8 de mayo.

En segundo lugar, responderá el entrenador de las lesiones sufridas si se produjeran como consecuencia de una actuación poco diligente por su parte<sup>55</sup>. Concretamente, se entiende que hubo culpa si la causa de la lesión es un mal mantenimiento de las instalaciones<sup>56</sup>, maquinaria y equipos empleados o por falta de medidas de organización<sup>57</sup>.

En este sentido, consideramos que el servicio prestado por los entrenadores personales está imbuido de una serie de cualidades a las que se debe prestar especial atención cuando se examine este aspecto concreto, cuando se busque determinar si una lesión fue o no causada por su culpa. Para ilustrar esta idea, resulta particularmente útil lo resuelto por la SAP de Pontevedra 230/2018, de 20 de julio: en esta, tratando de dirimir si un gimnasio resultaba responsable por unos daños sufridos por uno de sus usuarios con una de las máquinas de las que disponía, niega la *mala praxis* del monitor de sala por el hecho de estar presente y disponible para resolver las dudas que se le quisieran plantear<sup>58</sup>, sin que le fuera exigible ninguna atención adicional a los deportistas que frecuentasen las instalaciones. Un entrenador personal, a diferencia de un monitor de sala, no basta con que esté disponible para posibles consultas de su cliente. Hemos de tener en cuenta que le está *entrenando personalmente* y, consecuencia lógica de ello sería que se le exigiera una mayor diligencia. En nuestra opinión, si el cliente realizara mal un ejercicio y se lesionara consecuencia de ello, el entrenador muy probablemente resultaría responsable del daño ocasionado, aunque ello dependería, en última instancia, de las circunstancias concretas del caso (de hecho, se ha de tener en cuenta el nivel de competencia del usuario<sup>59</sup>), pudiendo haber concurrencia de culpas<sup>60</sup>. En cualquier caso, creemos que el entrenador resultará responsable con mayor facilidad que un centro deportivo o un monitor de sala, debido a su obligación de estar presente y atento durante todo el tiempo en el que se realicen los ejercicios.

Si se pudieran encasillar los servicios prestados por el entrenador dentro del “*aprendizaje deportivo*” (algo que dependerá de las circunstancias), sería posible

---

Asimismo, *vid.* ORTI VALLEJO, Antonio, “La responsabilidad Civil en la explotación práctica de actividades de ocio peligrosas”, *op. cit.*, pp. 1538 y 1539.

<sup>55</sup> Reiteramos a este punto todo lo anteriormente relatado al respecto de la diligencia debida del profesional.

<sup>56</sup> *Vid.* ORTI VALLEJO, Antonio, “La responsabilidad Civil en la explotación práctica de actividades de ocio peligrosas”, *op. cit.*, pp. 1540-1543.

<sup>57</sup> *Vid.* ORTI VALLEJO, Antonio, “La responsabilidad Civil en la explotación práctica de actividades de ocio peligrosas”, *op. cit.*, pp. 1543-1545.

<sup>58</sup> Concretamente, se dice que “*en el gimnasio había un monitor al que pudo haberle preguntado cualquier duda*”.

<sup>59</sup> También en la SAP de Tarragona 170/2018, de 8 de mayo, anteriormente mencionada se hace hincapié en la relevancia que tiene en estos casos “*la experiencia o conocimiento que del mismo (deporte) pueda tener el perjudicado*”.

<sup>60</sup> Como se aprecia en la SAP de Vizcaya 51/2016, de 22 de febrero cuando afirma que si tanto el profesional como el usuario “*actúan con negligencia se puede dar el supuesto de concurrencia de culpas*”.

que variasen los parámetros a tener en cuenta y que el régimen de responsabilidad no se desarrollase tal y como hemos comentado. No obstante, debido a las discrepancias existentes en la materia, no profundizamos en este aspecto<sup>61</sup>.

Por otro lado, hemos de decir que cabe la posibilidad (y, de hecho, es una práctica muy común) de que el entrenador desarrolle sus actividades en unas instalaciones, un gimnasio, con el que no tenga ninguna vinculación laboral. En este caso, la responsabilidad recaería sobre la instalación si la lesión proviniese del mal estado de la maquinaria y de las herramientas propias del gimnasio<sup>62</sup>, pero recaería sobre el entrenador si se hubiese producido por un mal uso de la misma alentado por este (por ejemplo, adoptar una postura diferente a la que se recomienda en las propias instrucciones de la maquinaria, instrucciones que suelen estar indicadas en esta con dibujos) o si, aun habiendo alentado este mal uso, no lo hubiese corregido. Empero también es muy frecuente que los gimnasios pongan a disposición de sus clientes la posibilidad de contratar un entrenador trabajador del centro<sup>63</sup>, en estos casos no operaría el mismo régimen de responsabilidad, pues entraría en juego lo establecido por el quinto de los párrafos del artículo 1903 CC: *“son igualmente (responsables) los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”*. Por lo tanto, el dueño de la instalación respondería de los daños ocasionados en los distintos escenarios mencionados (si la maquinaria estuviera mal o si se hubiese hecho un mal uso de la misma alentado o no corregido por el profesional), aunque tal y como expresa el artículo 1904 CC, podría repetir contra el entrenador las cantidades derivadas de los daños que hubieran sido causados por una mala actuación de este.

Visto lo anterior, no resulta difícil entender por qué, en algunas ocasiones, las instalaciones, o directamente los propios profesionales, incluyen en sus contratos cláusulas de exención de responsabilidad en virtud de las cuales el cliente-consumidor exime al centro y/o al entrenador de toda responsabilidad por los

---

<sup>61</sup> A tenor de lo dispuesto por la SAP de Málaga 688/1995, de 5 de diciembre, surgen opiniones doctrinales diferentes a este respecto: por una parte, hay quien aboga por considerar que en tales casos se exigirá un mayor grado de diligencia, como es el caso de ORTI VALLEJO, Antonio, *“La responsabilidad Civil en la explotación práctica de actividades de ocio peligrosas”*, *op. cit.*, p. 1548 y 1549; mientras que, por otro lado, hay quienes entienden que la responsabilidad en estos casos será objetiva, como defiende DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto, *“La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (un estudio jurisprudencial)”*, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2000, p. 1348.

<sup>62</sup> Como se puede dilucidar a raíz de lo expuesto por ORTI VALLEJO, Antonio, *“La responsabilidad Civil en la explotación práctica de actividades de ocio peligrosas”*, *op. cit.*, pp. 1540-1543 y así ha determinado la jurisprudencia, por ejemplo, en la SAP de Teruel 12/2001, de 26 de enero.

<sup>63</sup> Posibilidad que ya ha sido mencionada aclarando que, en nuestra opinión, incluso en este caso sería considerado este un profesional liberal.

daños que pudiera sufrir (incluso aunque estos vinieran dados por una actuación culposa por parte de este). Esta cláusula, que en virtud del artículo 86.2 TRLGDCU es una cláusula abusiva, de poco servirá al profesional a la hora de la verdad, pues será tenida por no puesta y, en consecuencia, no desplegará sus efectos y no liberará al prestador de su responsabilidad. Es por ello por lo que consideramos que, en lugar de esta, sería preferible que se detallara e informara en el propio contrato al cliente de todos los riesgos a los que se somete al practicar los ejercicios previstos. Con ello no solo se beneficiaría el prestador, que, de producirse estas lesiones, tendría más sencillo demostrar que el cliente fue informado *ex ante* y, por lo tanto, asumió concretamente el riesgo de sufrir ese daño o lesión; sino que también se valdría de ello el cliente, pues este sería verdaderamente consciente desde un inicio de los riesgos a los que se somete, y, además, en caso de lesionarse sufriendo un daño que no se hubiera previsto, se le facilitaría probarlo.

#### **4. RESPUESTAS Y NUEVAS INCÓGNITAS**

Con todo lo dicho hasta ahora hemos logrado responder *grosso modo* las preguntas planteadas. Por una parte, el contrato perfeccionado entre entrenador y cliente (consumidor) implicará que el primero se comprometa por lo general a una obligación de medios, de tal manera que no responderá en caso de que no se logren los objetivos de sus clientes. Sin embargo, esto no es óbice para que, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, las partes acuerden la inclusión en el *facere* de la obtención de un resultado concreto (obligación de resultado) y que, en consecuencia, no se entienda cumplido el contrato hasta su consecución, pudiendo solo en este caso exigirse responsabilidad al entrenador por no lograrlo. Y, por otra, de las lesiones o daños producidos por los ejercicios realizados bajo la tutorización del entrenador este tan solo responderá de no haber actuado diligentemente dada la asunción de riesgos que implica para los usuarios la práctica voluntaria de los mismos (aunque hay algunas particularidades que deben analizarse caso por caso).

No obstante, estas no son las únicas incógnitas jurídicas planteadas en torno a la prestación de servicios de entrenamiento personal, cuando más habida cuenta del creciente protagonismo que están recibiendo las plataformas digitales destinadas a esto y que abren una nueva ventana no solo de posibilidades para aquellos que quieren realizar ejercicio de manera frecuente, sino también de posibles nuevas cuestiones jurídicas.

#### **5. BIBLIOGRAFÍA**

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, t. 2, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 2011.

ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, J. M. Bosch editor, 1997.

- ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*, Dykinson, Madrid, 2016.
- BROTO CARTAGENA, Jesús Antonio, “La asunción de riesgos y los daños ocurridos en actividades deportivas”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 143, 2020.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La prestación de servicios profesionales*, Tirant monografías, Valencia, 2001.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.
- DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto, “La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (un estudio jurisprudencial)”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2000, pp. 1343-1382.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ HIERRO, “Responsabilidad profesional: falta de tratamiento unívoco”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 45, núm. 2, 1997.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997.
- JORDANO FRAGA, Francisco “Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fascículo I, 1991.
- ORTI VALLEJO, Antonio, “La responsabilidad Civil en la explotación práctica de actividades de ocio peligrosas”, en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTOS LAGO, José Manuel (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t.II, 5.<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1527-1579.
- PLATERO ALCÓN, Alejandro, *Repercusiones jurídico-civiles de la actividad de los “influencers” digitales*, Dykinson, Madrid, 2023.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.

# SERVICIOS JURÍDICOS PRO BONO Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: DIFERENCIAS EN EL MARCO DE LA AUSENCIA DE PRECIO<sup>64</sup>

Mario NEUPAVERT ALZOLA  
Investigador Predoctoral UCA FPI de Derecho Civil  
Universidad de Cádiz

## 1. INTRODUCCIÓN

El contrato de prestación de servicios jurídicos es un contrato esencialmente oneroso, lo que conlleva que el cliente del mismo deba abonar unos honorarios. El profesional de la abogacía (en posesión del título habilitante y colegiado como ejerciente<sup>65</sup>) presta sus servicios con múltiples fines, mas a día de hoy, carece de sentido que una persona dedicada profesionalmente a prestar unos servicios, constituidos como su medio de vida, no sea retribuida<sup>66</sup>.

Como consecuencia del derecho de defensa reconocido, como derecho fundamental, en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, los ciudadanos precisan contratar los servicios jurídicos para asumir la condición de parte en un proceso. Por lo que podemos afirmar que, en la gran mayoría de ocasiones, se convierten en imprescindibles para acceder a la Administración de Justicia y, así ejercitar los derechos y acciones (y excepciones) que las leyes reconocen para defender sus derechos. La suscripción del contrato de prestación de servicios jurídicos es el mecanismo habitual, pero no puede ser el único, por cuanto que existen quienes carecen de recursos para litigar.

Así, en el ámbito de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) de Naciones Unidas existe la meta de promover el estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos<sup>67</sup>. Por otro lado, en las Reglas de Brasilia<sup>68</sup> se incluye dentro de los beneficiarios a los sujetos por razón de pobreza. Ello constituye *“una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”*<sup>69</sup>, haciendo especial

---

<sup>64</sup> El trabajo se enmarca dentro del contrato predoctoral adscrito al Proyecto de Investigación “El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social” (PID2021 – 1226190B-I00) del que es Investigadora Principal la Dra. María Dolores Cervilla Garzón, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz.

<sup>65</sup> Artículo 4 RD 135/2021, de 2 de marzo, del Estatuto General de la Abogacía Española.

<sup>66</sup> VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos, *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 67.

<sup>67</sup> ODS 16. Paz, justicia e instituciones sólidas. Meta tercera.

<sup>68</sup> Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

<sup>69</sup> Reglas de Brasilia. Capítulo I: Preliminar. Sección 2ª. Regla 15.

hincapié a que la concurrencia de alguna de las condiciones de vulnerabilidad unida a la de pobreza puede agrandar aun más su situación.

De todos es sabido que, la forma de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa para las personas sin recursos demanda articular un mecanismo que así lo permita. Así se reconoce en el artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En el ámbito nacional, la Constitución Española recoge en su artículo 119 que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Tal disposición tomaría forma con la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que materializaría esa gratuidad en una serie de supuestos y con una suerte de requisitos muy concretos.

Sin embargo, el catálogo de situaciones previstas por la norma, el proceso para solicitar tal asistencia y los requisitos que se exigen pueden dar lugar a supuestos en los que quien no tenga recursos para litigar se vea excluido del ámbito de aplicación de la ley. Es ahí donde, a nuestro entender, surgen los contratos de servicios jurídicos pro bono. Ambas situaciones comparten un nexo en común: se prestan servicios jurídicos que, para el cliente, no conllevan el abono de unos honorarios (o lo que es lo mismo, el precio de ese contrato de prestación de servicios jurídicos).

En el presente trabajo, desde la óptica del Derecho Civil, analizaremos los servicios jurídicos pro bono para, tras ello, confrontarlos con la asistencia jurídica gratuita, y extraer como conclusiones las diferencias clave entre ambas instituciones.

## 2. EL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS PRO BONO

No existe en disposiciones normativas o en el Diccionario panhispánico del español jurídico una definición de pro bono. Si apelamos al sentido etimológico de la expresión, pro bono significa “*por el bien público*” o “*a favor del bien público*”. Y es que este concepto no es unívoco, de ahí que, según la modalidad de trabajo escogida, deba señalarse qué definición de pro bono se adopta<sup>70</sup>.

Según la Fundación Pro Bono España<sup>71</sup>, el pro bono jurídico es fundamentalmente asesoramiento jurídico gratuito y voluntario prestado por profesionales del derecho a las entidades sin ánimo de lucro que tienen necesidades legales, pero carecen de recursos propios para resolverlas. La razón por la que se habla de entidades sin ánimo de lucro se circunscribe especialmente

---

<sup>70</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, “La implementación del pro bono en la cultura jurídica española como sistema de acceso a la justicia”, *Práctica de Tribunales*, núm. 136, enero-febrero, 2019, p. 5.

<sup>71</sup> FUNDACIÓN PROBONO ESPAÑA, ¿Qué es el pro bono jurídico? <https://www.probonoespana.org/que-es-el-pro-bono-juridico/> (Fecha de consulta: 26 de enero de 2024).

con la concepción de complementariedad del pro bono: este llega donde la asistencia jurídica gratuita no puede llegar.

A diferencia de la prestación de servicios jurídicos por amistad o buena vecindad, que se caracterizan por ser puntuales, en la prestación de servicios jurídicos pro bono no encontramos ayuda esporádica, individual e informal, sino que tales servicios son prolongados en el tiempo, prestados en causas de la misma naturaleza, y con la completa formalidad que merecen<sup>72</sup>.

El pro bono carece, en nuestro país, de una trayectoria de la que sí goza en otras jurisdicciones. Como ya hemos mencionado, ni siquiera, a nivel terminológico se referencia en el ambicioso proyecto de Diccionario panhispánico del español jurídico<sup>73</sup>. Mientras tanto, en el continente americano<sup>74</sup> y en países del *Common Law* tiene una gran acogida<sup>75</sup>, probablemente vinculado al papel minoritario de los servicios de justicia gratuita públicos.

La naturaleza jurídica de los servicios jurídicos pro bono es la de un contrato de donación de servicios. Nuestro ordenamiento jurídico establece en el artículo 618 del Código Civil, que la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta. De dicha definición, así como del régimen jurídico de las donaciones (artículos 618 y siguientes del Código Civil), se colige que la donación tiene como objeto una “cosa”, quedando fuera de su ámbito de aplicación la realización de una actividad física o intelectual (hacer algo)<sup>76</sup>. En consonancia, el contrato de donación de servicios se califica como un contrato atípico, cuya regulación específica habrá de construirse recurriendo a las normas de la teoría general del contrato y de las obligaciones, combinadas con otras de contratos semejantes,

---

<sup>72</sup> BONILLA, Daniel, *Los mandarines del Derecho*, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, p. 39.

<sup>73</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ) <https://dpej.rae.es/> (Fecha de la consulta: 26 de enero de 2024).

<sup>74</sup> SERRANO, Natalia, DÍAZ, Julián, BONILLA MALDONADO, Daniel, “El trabajo jurídico pro bono en Brasil: Discurso, prácticas y límites 2005-2017”, *Revista Direito e Praxis*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 468-542.

<sup>75</sup> Al respecto del pro bono en el ámbito estadounidense, es imprescindible la lectura de RHODE, Deborah, “Cultures of commitment: pro bono for lawyers and students”, *Fordham Law Review*, vol. 67, 1999.

<sup>76</sup> Tampoco son consideradas “donaciones” a los efectos impositivos. En este sentido, la Dirección General de Tributos, en su consulta vinculante V3021-20, de 6 de octubre de 2020, analiza un supuesto en el que una Fundación –a la que resulta de aplicación la Ley 49/2002, de 23 de diciembre–, obtiene los servicios de asesoramiento jurídico y de elaboración de informes de un despacho de abogados que no le cobra por ello (pro bono). Se plantea la posibilidad de que el despacho pudiera aplicar la deducción por donativos prevista en el artículo 17 de la Ley 49/2002. La Dirección General de Tributos niega dicha posibilidad entendiendo que tanto la elaboración de informes como el asesoramiento jurídico prestado por el despacho de abogados a la Fundación, no constituye la “donación de un derecho de cobro”, sino la donación de una prestación de servicios que, de acuerdo con lo señalado en el referido precepto, no entra dentro del ámbito de las donaciones susceptibles de generar derecho a deducción.

aplicadas por medio de la analogía (en resumidas cuentas, el régimen de las donaciones, así como los artículos 1542, 1544 y 1583 del Código Civil)

### 3. PRO BONO VERSUS ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Las claves de la donación de servicios jurídicos pro bono son, en primer lugar, su origen contractual; en segundo lugar, la aplicación analógica de los regímenes relativos a la donación de cosa y al arrendamiento de servicios; en tercer lugar, la voluntariedad en la elección de sujetos intervinientes; en cuarto lugar, la gratuidad de los servicios, y en quinto lugar, la sujeción a un régimen condicional a consensuar entre donante y donatario, siendo lo deseable que se recoja en una hoja de encargo. Pero todas estas cuestiones chocan frontalmente con las principales características de la asistencia jurídica gratuita tal y como la conocemos en nuestro país.

En primer lugar, la asistencia jurídica gratuita, a diferencia del pro bono, tiene un origen legal<sup>77</sup>. Ambas son relaciones contractuales desde el punto de vista del Derecho civil, pero mientras que el pro bono nace del contrato en el sentido del artículo 1254 del Código Civil, la relación entre el solicitante de asistencia jurídica gratuita y su letrado es una relación contractual de origen legal, que proviene de la designación de abogado a través del sistema de turno de oficio y reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita. Este planteamiento ha sido objeto de estudio tanto por parte de la doctrina<sup>78</sup>, como por parte de la jurisprudencia menor<sup>79</sup>. Y ello no es baladí, por cuanto que la consideración que le otorguemos al vínculo entre el letrado del turno de oficio y su cliente puede tener efectos muy importantes, siendo el fundamental el plazo de prescripción, que asciende a cinco años siguiendo el artículo 1964.2 del Código Civil, reformado en 2015 por la Ley 42/2015, de 5 de octubre (anteriormente, quince años), en contraposición al deseado por muchos plazo de un año para los supuestos del artículo 1902 del Código Civil.

En segundo lugar, a la asistencia jurídica gratuita debe aplicársele el régimen del contrato de prestación de servicios jurídicos, de principal interés a la hora de evaluar la responsabilidad profesional por no adecuación a la *lex artis ad hoc* como señalan las Audiencias Provinciales de Madrid, León y Zaragoza<sup>80</sup>, mientras que

---

<sup>77</sup> Mientras que el Estado tiene un papel fundamental en cualquier sistema de asistencia jurídica gratuita, ordenando el sistema y ofreciendo las compensaciones a letrados y procuradores, en el sistema pro bono el Estado no interviene en su articulación o materialización. Cfr. BONILLA, Daniel, *Los mandarines del Derecho*, cit., p. 38.

<sup>78</sup> SERRA RODRÍGUEZ, Adela, La responsabilidad civil del abogado, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 155. En idéntico sentido, CRESPO MORA, María Carmen, *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020 pp. 34-36.

<sup>79</sup> SAP Guadalajara, Sc. 1ª, 150/2016, de 28 de septiembre. SAP Pontevedra, Sc. 3ª, 117/2017, de 20 de abril.

<sup>80</sup> SAP Madrid, Sc. 13ª, 247/2011, de 5 de mayo, SAP Madrid, Sc. 12ª, 242/2005, de 14 de abril, SAP León, Sc. 2ª, 158/2016, SAP Madrid, Sc. 14ª, 65/2017, de 21 de marzo, y SAP Zaragoza, Sc. 4ª, 89/2019, de 25 de marzo.

en el pro bono debemos tener en cuenta también la normativa relativa a la donación de cosa analógicamente (por ejemplo, que la donación se realizara con la condición de que, si el letrado no actuare correctamente, su responsabilidad quede limitada o no pueda la misma reclamarse).

En tercer lugar, los sujetos intervinientes en la asistencia jurídica gratuita no pueden elegirse entre sí por regla general, mientras que, en el pro bono, más elástico, esta cuestión entra dentro de las posibilidades. A su vez, en la asistencia jurídica gratuita, el letrado tiene, en primer lugar, una obligación general de incluirse en el turno de oficio (normalmente dispensada, por el alto número de colegiados que voluntariamente se inscriben<sup>81</sup>), y, en segundo lugar, tiene la obligación particular de desempeñar el asunto, con la salvedad de la excusa de la defensa que se prevé en el orden penal<sup>82</sup>. Solo podrá el abogado abandonar el asunto de entenderse que existe insostenibilidad de la pretensión<sup>83</sup>. En el pro bono, al ser una relación en la que las partes convienen obligarse mutuamente a lo que corresponda, pueden preverse aquellos supuestos en los que el profesional pueda desistir del asunto, junto a los escenarios en los que se produzca un conflicto de intereses o una puesta en peligro de su dependencia, siempre sin causar indefensión al donatario<sup>84</sup>. Al renunciar al asunto, el cliente no obtendrá compensación, al ser un contrato gratuito, salvo que así se hubiere establecido, pero entendemos que éste tendría derecho a una indemnización en aquellos casos en los que la actuación del letrado, al desistirse, le hubiere provocado perjuicios a su defendido.

En cuarto lugar, la gratuidad de ambos sistemas también experimenta diferencias en el sistema de justicia gratuita. Mientras que en la donación de servicios el objetivo es solventar los problemas de quienes no pueden acceder a la justicia gratuita sin prever el cobro de honorarios por parte del letrado, en el sistema regulado por la Ley 1/1996 sí que se prevé tanto el cobro de honorarios como, en su defecto, el abono de una indemnización.

Los honorarios de los abogados podrán obtenerse en aquellos casos en los que exista una revocación del derecho (artículo 19 de la Ley de Asistencia Jurídica

---

<sup>81</sup> Artículo 1 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, apartado segundo.

<sup>82</sup> Esta excusa será formulada en el plazo de tres días desde la notificación de la designación, y será evaluada por el Decano del Colegio, quien habrá de examinar si concurre un motivo personal y justo.

<sup>83</sup> Esta insostenibilidad deberá ser comunicada en el plazo de quince días. En este punto es interesante mencionar la STS 757/2022, de 16 de junio, que aplicó una materia tan básica como la pirámide de jerarquía normativa para anular el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, que recortaba los plazos en perjuicio del abogado.

<sup>84</sup> La normativa colegial y deontológica de los abogados es especialmente celosa en estos casos. Los artículos 47 y 51 aluden al deber del letrado de rechazar las actuaciones que puedan comprometer su independencia y libertad, así como cuando se produzcan conflictos de intereses. En cuanto a la renuncia, el artículo 50 permite al profesional cesar en su intervención ante discrepancias y ante circunstancias que afecten a su independencia, libertad o al deber de secreto profesional, pudiendo hacerlo siempre que no cause indefensión al cliente.

Gratuita) o uno de los supuestos del artículo 36 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, relativo a la condena en costas. En cuanto a la revocación del derecho, existirá la misma cuando se declaren erróneamente, falseen o se oculten datos determinantes para el reconocimiento del derecho; todo ello, previa audiencia del interesado y resolución motivada de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita<sup>85</sup>. La revocación conllevará la obligación del pago de todos los honorarios o derechos devengados por los profesionales, entre otros.

En cuanto a los supuestos de condena en costas, el artículo 36 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita establece cuatro escenarios distintos. En primer lugar, el pronunciamiento sobre costas a favor de quien gozaba del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita con respecto al contrario, quien habrá de abonar las costas. En segundo lugar, cuando se condenara en costas a quien gozaba del derecho, quedará este obligado a pagar las costas del procedimiento si viene a mejor fortuna<sup>86</sup> en el plazo de tres años (con interrupción de la prescripción del artículo 1967). En tercer lugar, en supuestos sin expreso pronunciamiento en costas pero con vencimiento del beneficiario, deberá éste pagar las costas causadas, siempre que no excedan la tercera parte de lo obtenido (y, si excedieren, se produciría una prorrata según las partidas). En cuarto lugar, en los supuestos de litis expensas<sup>87</sup>, el letrado podrá repercutir sus honorarios en el ámbito de la sociedad de gananciales.

---

<sup>85</sup> La STS 501/2023, de 17 de abril, resuelve un asunto en el que el solicitante de justicia gratuita pierde tal derecho durante el devenir del procedimiento, pasando de gozar del beneficio de justicia gratuita a ser el cliente de un contrato de prestación de servicios jurídicos, relación onerosa y que da lugar a la determinación de la existencia de honorarios y a su cuantificación dentro del procedimiento, por cuanto que no se produjo fijación de criterio alguno entre las partes.

<sup>86</sup> En cuanto a la definición de mejor fortuna, establece el artículo 36.2, párrafo segundo que *“se presume que ha venido a mejor fortuna cuando sus ingresos y recursos económicos por todos los conceptos superen el doble del módulo previsto en el artículo 3, o si se hubieran alterado sustancialmente las circunstancias y condiciones tenidas en cuenta para reconocer el derecho conforme a la presente Ley. Le corresponderá a la Comisión la declaración de si el beneficiario ha venido a mejor fortuna conforme a lo dispuesto en el artículo 19, pudiendo ser impugnada la resolución que dicte en la forma prevista en el artículo 20”*. En nuestra opinión, que el procedimiento se produzca en el seno de la institución colegial puede producir una indefensión al letrado, por cuanto que los medios de investigación de la capacidad económica de los que dispone la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita son, en comparación, menos eficaces que los que disponen algunas Administraciones Públicas.

<sup>87</sup> A tales supuestos se refieren los artículos 103.3<sup>a</sup> y, fundamentalmente, 1318 del Código Civil, estableciendo que cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita. Con carácter previo a la actual regulación, esta cuestión había sido ya referida o invocada, como bien indica SAURA MARTÍNEZ, en la Novísima Recopilación o en la Ley de Divorcio de 1932. SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando, *“Las litis expensas: configuración jurisprudencial y regulación legal”*, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 1, 1982, p. 312.

Independientemente del escenario, obtenido el pago de sus honorarios, estarán obligados a devolver las cantidades eventualmente percibidas con cargo a fondos públicos por su intervención<sup>88</sup>.

Los supuestos de condena en costas a quien accedió al proceso mediante el pro bono deben reconducirse a la normativa general de condena en costas, los artículos 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo imponérsele las costas en los casos de vencimiento objetivo del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las mismas ascenderán, como expone el artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a los honorarios de abogados y otros profesionales, a una cantidad limitada a la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada litigante con pronunciamiento expreso de costas (salvo en los casos en los que se declare la temeridad del litigante). Esta diferencia es especialmente notable, por cuanto que, si la pretensión es defendible, pero se produce la desestimación en el proceso, en los casos de justicia gratuita solo habrán de abonarse las costas en los casos de mejor fortuna, pero en el pro bono no existe tal limitación, correspondiendo al justiciable el abono de las costas.

Por lo que a la indemnización respecta, el artículo 30 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita la recoge como compensación por el servicio para los profesionales que, designados de oficio para la asistencia, defensa y representación gratuita, hayan intervenido en casos de reconocimiento expreso del derecho a la asistencia jurídica gratuita. A estos se les abona un importe que compensará las actuaciones de los profesionales tales como asesoramiento, asistencia al detenido o defensa y representación en casos de intervención preceptiva. La cuantía dependerá de la tipología de procedimiento, siguiendo lo dispuesto en el artículo 40, que ordena la redacción de unas determinadas bases. El principal requisito para la obtención de la indemnización es el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita. Este aspecto es motivo de controversia, por cuanto que someterse al procedimiento para el reconocimiento es labor del justiciable, y de no solicitarlo correctamente, será este quien deba abonar los honorarios, mas si el mismo es insolvente, en última instancia, el único damnificado es el profesional. Y todo ello sumado a los supuestos en los que deben intervenir como letrados del turno de oficio en asuntos en los que no se prevé en ningún caso el reconocimiento de la justicia gratuita, lo que supone un mayor número de supuestos en los que si bien tendrían derecho a una compensación o a unos honorarios, la realidad es que pierden tiempo y dinero<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Surge la duda, en estos casos, de qué ocurrirá cuando el abono de los honorarios se produzca de manera parcial. Si bien la norma no ofrece una solución concreta para estos supuestos, se antoja deseable la devolución de la indemnización en la cuantía que, unida al abono parcial de los honorarios, supere la cuantía total en la que se cifrará la minuta del abogado. A modo de ejemplo, si la indemnización asciende a 100 euros, la minuta a 2.000, y lo cobrado a 1.950, el letrado habrá de reintegrar a los fondos públicos los cincuenta euros excedentes.

<sup>89</sup> En no pocos casos se producen actuaciones que no se cobran, siendo especialmente problemáticas aquellas en las que al justiciable no se le reconoce el derecho a la asistencia gratuita

A su vez, unida a la distinta consideración de la relación en cuanto a la gratuidad con o sin reseñas, viene aparejada la diferente tributación de ambas cuestiones. En el caso de la asistencia jurídica gratuita, la misma estará exenta cuando lo que se perciba sea una indemnización<sup>90</sup> (no así el cobro de honorarios a través de las figuras ya mencionadas). En contraposición a esta figura, la donación de servicios jurídicos se encuentra sujeta, por norma general, a IVA<sup>91</sup>.

En quinto lugar, debemos comentar las condiciones de la ejecución de la prestación de cada sistema. En la relación entre abogado del turno y beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita no existe, por regla general, una hoja de encargo que recoja el desempeño concreto de la prestación, pero la prestación debe suponer la ejecución de la solicitud del justiciable<sup>92</sup>. En la donación de los servicios o pro bono, si bien tampoco es obligatoria la redacción de una hoja de encargo, lo cierto es que la misma es deseable para constatar cuál será el ámbito de la prestación a ejecutar.

#### 4. CONCLUSIONES

La conclusión principal del trabajo es que los servicios jurídicos pro bono pueden ser un buen método para facilitar el acceso a la justicia, ansiado por múltiples instrumentos internacionales. Sin embargo, el servicio jurídico pro bono debe convivir con la asistencia jurídica gratuita, intentando cubrir aquellas lagunas que la asistencia jurídica gratuita no pueda colmar. Las diferencias entre la relación existente en los servicios jurídicos pro bono y el sistema de justicia gratuita son notables. Ya no solo desde su origen, sino por las consecuencias que derivan de estar frente a un vínculo contractual u otro. Son estas diferencias las que los convierten en dos métodos que pueden y deben atajar necesidades jurídicas distintas y emplearse en escenarios distintos.

La naturaleza jurídica del pro bono supone una relación más flexible entre partes, más ágil (ya que prescinde del procedimiento de justicia gratuita), pero con puntos negativos como la posibilidad de condena en costas. El pro bono puede y debe servir para colmar las necesidades jurídicas que el sistema de asistencia jurídica gratuita no incluye o no quiere incluir. Nos hemos ceñido a la perspectiva

---

*a posteriori*. CINCODÍAS, "Abogados de oficio que luchan por una retribución digna: de media cobran 134 euros por asunto, 10 de julio de 2023. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/07/07/legal/1688729903\\_409710.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/07/07/legal/1688729903_409710.html) (Fecha de consulta: 26 de enero de 2024).

<sup>90</sup> Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, V1706-17, de 30 de junio de 2017.

<sup>91</sup> Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, V3021-20, de 6 de octubre de 2020.

<sup>92</sup> Si bien es cierto que existen determinados colegios de abogados que vienen impulsando el uso de hojas de encargo profesionales en el ámbito del Turno de Oficio, como el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, estos lo promueven como un documento de complementación voluntaria. ICAB, Hojas de encargo profesional en Turno de Oficio (designa informada). <https://www.icab.es/es/colegio/comisiones-y-secciones/turno-de-oficio/hojas-de-encargo-profesional-en-turno-de-oficio-designa-informada/index.html> (Fecha de consulta: 26 de enero de 2024).

contractual respecto a los servicios jurídicos, mas la labor de las organizaciones pro bono va más allá, elaborando guías de actuación, divulgando materiales o información jurídica con el objetivo de atajar una necesidad: la de poder acceder a la justicia, habitualmente por parte de los más vulnerables.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- BONILLA, Daniel, *Los mandarines del Derecho*, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, 2017.
- CRESPO MORA, María Carmen, *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- RHODE, Deborah, "Cultures of commitment: pro bono for lawyers and students", *Fordham Law Review*, vol. 67, 1999.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, "La implementación del pro bono en la cultura jurídica española como sistema de acceso a la justicia", *Práctica de Tribunales*, núm. 136, enero-febrero, 2019.
- SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando, "Las litis expensas: configuración jurisprudencial y regulación legal", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 1, 1982.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- SERRANO, Natalia, DÍAZ, Julián, BONILLA MALDONADO, Daniel, "El trabajo jurídico pro bono en Brasil: Discurso, prácticas y límites 2005-2017", *Revista Direito e Praxis*, vol. 10, núm. 1, 2019.
- VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos, *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

# ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: ACERCA DE LA OBLIGACIÓN DE ABONO DEL PRECIO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS<sup>93</sup>

Mario NEUPAVERT ALZOLA  
Investigador Predoctoral UCA FPI de Derecho Civil  
Universidad de Cádiz

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la Constitución, requiere de múltiples mecanismos, instrumentos y recursos por parte del legislador y del Estado para poder ser llevado a cabo. En este sentido, cobra especial importancia el artículo 119 de este texto, que expone que la justicia será gratuita cuando lo disponga la ley, y, en todo caso, para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Este derecho también aparece referenciado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De estas normas bebe la actual Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante, LAJG), que configura nuestro sistema de concesión del derecho junto a su reglamento de desarrollo. Y es que, hasta la promulgación de dicha norma, la posibilidad de acceso a la justicia sin recursos para el litigio se regulaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como un “*beneficio de pobreza*”, que pasaría a denominarse en 1984 “*beneficio de la justicia gratuita*”<sup>94</sup>.

En la LAJG, y tras las distintas y progresivas reformas que se han venido realizando, encontramos entre los diferentes supuestos cubiertos con independencia de los recursos del solicitante, los relativos a procesos por violencia de género, dotando a las víctimas de estos delitos de medios para poder acceder a ese derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la *norma normarum*.

---

<sup>93</sup> El trabajo se enmarca dentro del contrato predoctoral adscrito al Proyecto de Investigación “El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social” (PID2021 – 1226190B-I00) del que es Investigadora Principal la Dra. María Dolores Cervilla Garzón, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz.

<sup>94</sup> MAYÁN SANTOS, María Encarnación, “El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 18, Agosto-Diciembre, 2006, p. 1. [En línea: [https://www.uv.es/ajv/art\\_jcos/art\\_jcos/num18/Art.18\\_PDF/18-19El%20reconocimienot%20del%20Derecho%20a%20la%20Asistencia%20Juridica%20Gratuita.pdf](https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF/18-19El%20reconocimienot%20del%20Derecho%20a%20la%20Asistencia%20Juridica%20Gratuita.pdf), última revisión 20 de diciembre de 2024].

Junto a las normas ya expuestas, debemos poner en valor la amplia iniciativa del legislador, tanto internacional<sup>95</sup>, europeo<sup>96</sup>, nacional<sup>97</sup>, como autonómico<sup>98</sup>, para poder salvaguardar el derecho de las víctimas.

La regulación de este derecho y su concesión en la práctica puede dar lugar a diversas problemáticas que afectan tanto a las prestaciones disfrutadas por la

---

<sup>95</sup> Fundamentalmente, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Ratificado mediante instrumento de fecha 6 de junio de 2014, cuyo artículo 57 establece que “*Las Partes velarán por que las víctimas tengan derecho a asistencia jurídica y ayuda legal gratuita según las condiciones previstas en su derecho interno*”.

<sup>96</sup> Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. En la actualidad, la más novedosa es la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. En cuanto al derecho que asistiría a los victimarios, *Vid.* la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, así como la Directiva (UE) 2016/1919 que garantiza la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales.

<sup>97</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), en su redacción dada desde la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que elimina en el artículo 20 el requisito de acreditación de insuficiencia de recursos para litigar, y el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. Asimismo, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que recoge en su artículo 16 el derecho a justicia gratuita de las víctimas. Además de la mencionada LAJG, también debe tenerse en cuenta el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita (en adelante, RAJG), y concretamente sus artículos 27 y ss. RAJG.

<sup>98</sup> Entre otros, Decreto 86/2003, de 19 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid. Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículos 27 y ss.). Decreto 269/2008, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de Galicia. Decreto 110/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículos 33 y ss.). Decreto 17/2017, de 10 de febrero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de la Comunidad Valenciana. Decreto 45/2017, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Decreto 153/2018, de 30 de octubre, de Asistencia Jurídica Gratuita del País Vasco.

víctima de violencia de género como a los honorarios de los profesionales que prestan sus servicios jurídicos en los turnos de oficio especializados. Para poder resolver estas problemáticas, primero analizaremos el contenido del derecho, posteriormente su implicación con el precio de los servicios jurídicos, y daremos paso a un examen sobre la justificación de este privilegio.

## 2. SOLICITUD Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

### 2.1. Supuestos generales

El artículo 2.h) LAJG reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencia de género “con independencia de la existencia de recursos para litigar”<sup>99</sup>, por lo que de esta manera se garantiza el derecho reconocido en el inciso final del artículo 20.1 LOVG, que dispone que “en todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten”. En cuanto al concepto de violencia de género, como bien menciona ACALE SÁNCHEZ<sup>100</sup>, existió discusión incluso en torno a la denominación de violencia de género por parte de la RAE. Este debate lingüístico sobre el título de la ley fue más que candente hace dos décadas<sup>101</sup>. Sobre su significado, el Diccionario panhispánico del español jurídico define la violencia de género como “violencia física o psicológica cometida contra una mujer que es o ha sido esposa del agresor o está o estuvo ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, que se comete como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”<sup>102</sup>.

Se refiere este derecho a los procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas<sup>103</sup>, indicando que la condición de víctima se adquiere en la formulación de denuncia, querrela o inicio del

---

<sup>99</sup> Este es uno de los supuestos que responden a la mención “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley”, del artículo 119 CE, además de los supuestos de insuficientes recursos. Han existido propuestas para ampliar tales cuestiones a otros ámbitos, como la que comenta ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo “El acceso a la Justicia de las personas y colectivos LGTBI en la proposición de ley núm. 122/000097”, en ROCA MARTÍNEZ, José María (dir.), *El acceso a la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 33-64.

<sup>100</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2005, p. 14.

<sup>101</sup> En este sentido *Vid.* VELASCO CASANOVA, Mónica, “La RAE y la violencia de género: reflexiones en torno al debate lingüístico sobre el título de una ley”, *Revista de Estudios culturales de la Universitat Jaume I*, vol. II, 2005, pp. 107-124.

<sup>102</sup> Diccionario panhispánico del español jurídico. Violencia de género, acepción única. [Consultado online: <https://dpej.rae.es/lema/violencia-de-g%C3%A9nero>, última revisión 20 de diciembre de 2024].

<sup>103</sup> También debe reseñarse que asistirá tal derecho a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima siempre que no fueren partícipes en los hechos.

procedimiento penal<sup>104</sup>, se mantiene durante el procedimiento, y cuando se proceda al dictado de sentencia condenatoria, previendo que en caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento, decaiga tal condición sin obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

Este último inciso es particularmente necesario de resaltar porque dará lugar a que aquellas actuaciones realizadas desde tal momento no queden incluidas en este derecho, y darán lugar a la obligación de pago de los honorarios del profesional<sup>105</sup>. No puede perderse de vista que la actuación en el sistema de turno de oficio del profesional es una ramificación de su labor profesional; entre los caracteres de los profesionales liberales, y concretamente de los abogados, encontramos la onerosidad<sup>106</sup>, y es que a día de hoy carece de sentido que una persona dedicada profesionalmente a prestar unos servicios, constituidos como su medio de vida, no sea retribuida<sup>107</sup>.

En cuanto al decaimiento del derecho sin obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas, si fuese impuesta tal obligación de pago del precio de los servicios jurídicos de los que se hubiese hecho uso para los casos de absolución o sobreseimiento, nos encontraríamos ante situaciones en las que la víctima se ve doblemente desamparada: en primer lugar, no consigue el reproche penal que entendía legítimo, y a su vez, se ve abocada a sufragar estas cuantías, máxime teniendo en cuenta la precaria situación en la que se encuentran algunas de estas víctimas de violencia de género. A su vez, puede existir la imposibilidad material de reintegrar estas cuantías, lo que daría lugar a que el profesional ni percibiere la indemnización de la asistencia jurídica gratuita, ni obtuviera el pago de los honorarios profesionales derivados de su actuación.

De no acreditarse la condición de víctima, la mujer siempre mantendrá la posibilidad del supuesto general de derecho a la asistencia jurídica gratuita<sup>108</sup>,

---

<sup>104</sup> Dispone el artículo en su primer párrafo, *in fine*, que tal derecho se atribuye en cuanto a los delitos de “homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos”.

<sup>105</sup> Sobre la retribución del turno de oficio, *Vid.* GARCÍA MOLINA, Pablo, “Turno de oficio: del abogado de pobres al pobre abogado pobre”, en ROCA MARTÍNEZ, José María (dir.), *El acceso a la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 219 y ss., el cual indica que “la justicia gratuita no es cara”, remontándose a que, de media, en base a los informes del observatorio de la Justicia Gratuita, a cada español supone poco más de cinco euros por año.

<sup>106</sup> CERVILLA GARZÓN, María Dolores *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 51-52.

<sup>107</sup> VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos, *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 67.

<sup>108</sup> COFÁN GARCÍA, Mónica, VALVERDE MORÁN, Elena, MERINO RUS, Rafael (coords.), “El turno de oficio de violencia de género y la asistencia jurídica gratuita” en VV.AA., *Guía Práctica para el Asesoramiento Legal a Víctimas de Violencia de Género*, Fundación Fernández Pombo, 2015, p. 67.

ello es, cumplir los requisitos que se incluyen en el artículo 3 LAJG para acreditar que carece de recursos para litigar<sup>109</sup>.

Por último, establece el artículo 2.h) LAJG que la víctima deberá ser asistida en los distintos procesos que puedan iniciarse a consecuencia de la condición de víctima por el mismo abogado, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa. Este derecho a la unidad de dirección letrada, también llamado criterio de integridad<sup>110</sup>, constituye una pieza fundamental del derecho de asistencia jurídica gratuita de la víctima: no debe permitirse que, de existir varios procedimientos por su condición de persona víctima de violencia de género, acabe teniendo distintos abogados designados, con el potencial perjuicio que supondría para la víctima de violencia de género narrar múltiples veces su caso a cada uno de los profesionales que la asistieren.

Algún autor<sup>111</sup> ha calificado este derecho como un *“gran privilegio, generante de auténticas situaciones de desigualdad cuando el presunto agresor es igualmente demandante de la asistencia jurídica gratuita, que supone la garantía de una misma dirección letrada y representación procesal para cuantas actuaciones y vicisitudes demande la asistencia jurídica de la víctima en el contexto amplio de la violencia de género”*, mas entendemos que la razón por la que existe el deber de ser asistida por el mismo abogado es justamente para no producir una victimización secundaria que impida a la víctima ejercer su derecho, razón que no concurre en el victimario.

Recoge el artículo 6 LAJG el contenido material del derecho, que comprende una diversa serie de prestaciones, que dividiremos en dos bloques. Un primer bloque, que engloba los primeros tres apartados, y que incluye asesoramiento y orientación previos al procedimiento (con mención a los MASC)<sup>112</sup>, asistencia

---

<sup>109</sup> Según la Disposición adicional nonagésima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, aplicable a tenor del artículo 134.4 CE, que dispone la prórroga en caso de no promulgación de nuevos presupuestos, el IPREM asciende a 7.200 euros anuales. Por tanto, se exigirán rentas inferiores a 14.400 euros, 18.000 euros y 21.600 euros, siguiendo los artículos 3.1.a), 3.1.b) y 3.1.c) LAJG, respectivamente.

<sup>110</sup> MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *“Otros derechos: Información y Asistencia Jurídica Gratuita”* en RIVAS VALLEJO, María Pilar, BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro (dirs.), *Violencia de Género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Cizur Menor, 1ª ed., 2007, p. 721.

<sup>111</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *“El nuevo régimen jurídico de la justicia gratuita de las víctimas de violencia de género”*, *Diario La Ley*, núm. 8242, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2014, p. 4.

<sup>112</sup> Dispone el artículo 6.1 LAJG que cuando se trate de víctimas de violencia de género se prevé que la asistencia jurídica gratuita comprenda el asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela, con mención fallida al artículo 2.g) LAJG, porque ahora está regulado en el apartado 2.h) LAJG. Esto debe salvarse con una interpretación histórica, porque la inclusión del actual apartado 2.g) ha desplazado al artículo 2.h) LAJG este derecho, tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del

letrada al detenido, y defensa y representación en procedimientos cuando esta sea preceptiva. Y un segundo bloque, recogido en los apartados cuatro a nueve, tales como inserción gratuita de anuncios o edictos preceptivos, exención de tasas, asistencia pericial gratuita, copias notariales gratuitas, y reducción de derechos arancelarios.

El primero de los bloques es el fundamental para nuestro estudio, y será necesario que se refieran a los procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas de violencia de género, ex artículo 2.h) LAJG, por lo que nos redirige a los que son competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer<sup>113</sup>, con una larga lista de procedimientos tanto a dirimirse en el orden jurisdiccional penal<sup>114</sup> como en el civil<sup>115</sup>. El objetivo de una

---

Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

<sup>113</sup> Artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Debe mencionarse que está prevista la supresión del artículo 87 ter LOPJ en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, que aún se encuentra en tramitación parlamentaria. Para el caso de su aprobación, el contenido del artículo 87 ter LOPJ quedaría ahora regulado en el nuevo artículo 89.5 LOPJ a 89.7 LOPJ. Sobre el nuevo régimen del artículo 89 LOPJ en el proyecto, *Vid. TORRES ROSELL, Nuria, "Un ejemplo concreto de la eficiencia organizativa proyectada: la jurisdicción y la competencia objetiva en los procesos por violencia de género", en DÍAZ PITA, María Paula (dir.), Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia, Ed. Tecnos, Madrid, 2022, pp. 75 y ss.*

<sup>114</sup> Artículo 87 ter.1 LOPJ (con equivalencia en el artículo 89.5 del Proyecto). "1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior. c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia. d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado. e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley. f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley. g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena,

lista tan exhaustiva es no dejar fuera de la competencia de estos juzgados ningún procedimiento que se circunscriba a la necesidad de centralizar en juzgados especializados este tipo de controversias. Por lo exhaustivo de estos artículos, en nuestra opinión, si un procedimiento queda fuera de su competencia, o no se concede el derecho, debe producirse el pago del precio de los servicios jurídicos. En cuanto al procedimiento para atribuírsele el derecho, recogido en los artículos 27 y ss. del Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, siendo especialmente importantes para el presente estudio la disposición recogida en el artículo 29.3 del Real Decreto, que indica que de desestimarse la condición de beneficiaria de justicia gratuita, *“la persona solicitante podrá designar profesionales de la Abogacía y de la Procura de libre elección, debiendo abonar los honorarios y derechos económicos ocasionados por los servicios efectivamente prestados a los profesionales designados de oficio con carácter provisional. En este caso, el letrado actuante habrá de reembolsar a la Administración el importe de las retribuciones percibidas con motivo de su intervención profesional”*.

Esta libre elección debe a su vez ponerse en relación con el derecho de libre elección de profesional de los adscritos al turno de violencia que se encuentra recogido en la normativa andaluza o aragonesa. El Decreto 67/2008, de 26 de

---

*medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente”*.

<sup>115</sup> Artículos 87 ter.2 y 87 ter.3 LOPJ. La equivalencia en el Proyecto está establecida en los artículos 89.6 y 89.7 LOPJ, aunque el apartado sexto engloba muchos nuevos procedimientos que anteriormente no estaban recogidos en el artículo 87 ter.2 LOPJ (como los expedientes de jurisdicción voluntaria, por ejemplo). *“2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: a) Los de filiación, maternidad y paternidad. b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales. d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. h) Los que versen sobre los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial instados por los herederos de la mujer víctima de violencia de género, así como los que se insten frente a estos herederos”*. *“3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo. b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género”*.

febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de Andalucía prevé en los artículos 27 y 28 la posibilidad de que la víctima de violencia de género escoja a su letrado, cuando éste se encuentre en la lista del turno especializado de violencia de género y acepte, siendo posible tal elección una única vez para todos los procesos o procedimientos derivados del mismo acto de violencia. Similar derecho recoge el artículo 33 del Decreto 110/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ambos decretos prevén la aceptación expresa del abogado elegido, por lo que, en nuestra opinión, en estos casos debería preverse la suscripción de una hoja de encargo anexa para asegurar que, en caso de que posteriormente no se conceda el derecho, la víctima de violencia de género sea consciente del precio de los servicios jurídicos.

## **2.2. Asistencia jurídica gratuita a víctimas de violencia de género en situación de irregularidad administrativa**

Las víctimas de violencia de género presentan una concreta condición de vulnerabilidad, pero esta viene a veces acompañada de otra vulnerabilidad, como ocurre con las víctimas de violencia de género que, a su vez, son inmigrantes irregulares residiendo en nuestro país. El artículo 17 LOVG establece que todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley, reconociendo así el derecho de las mujeres extranjeras en situación irregular<sup>116</sup>. En concreto, el apartado segundo de este artículo menciona la asistencia jurídica a las víctimas de violencia de género como uno de los instrumentos para garantizar sus derechos constitucionales.

De entrada, la mujer inmigrante afronta todas las dificultades que podría tener la mujer nacional, pero en los casos de inmigración irregular las adversidades aumentan considerablemente<sup>117</sup>. A título ejemplificativo, la presentación de documentación a la que se refieren los artículos 27 y ss. RAJG, que viene referenciada en el Anexo I.IV de la misma norma, incluye, entre otros documentos, la tarjeta de identidad de extranjero o pasaporte, documento del que podrían carecer estas mujeres. Ello coloca en grave riesgo a este colectivo, ya que la imposibilidad en según qué casos de presentar esta documentación devendría en el rechazo a la solicitud, y por consecuencia, la imposibilidad del

---

<sup>116</sup> Cfr. LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel, "La mujer inmigrante víctima de violencia de género: especial referencia al derecho a la información, a la protección social integral y a la asistencia jurídica gratuita" en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), ALONSO SALGADO, Cristina (coord.), *Violencia de género y justicia*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2013, p. 170.

<sup>117</sup> LÓPEZ MARCHÁN, Raquel, "La asistencia jurídica gratuita a las mujeres víctimas de violencia de género", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 9, 2011, p. 370.

acceso al derecho. ¿Cómo va a denunciar a su agresor y a defenderse en el procedimiento entonces?<sup>118</sup>

Es necesario a su vez contextualizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita con respecto a su situación administrativa. Resulta entonces obligatorio mencionar la STC 236/2007, de 7 de noviembre<sup>119</sup>, que declaró la inconstitucionalidad, entre otros, del artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, incidiendo así en la asistencia gratuita de cara a estos procedimientos. Ello supuso una mejoría en el acceso a este derecho por parte de las mujeres maltratadas inmigrantes en situación irregular, pero a través de una declaración parcial de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 4/2000, no por reforma de la LOVG<sup>120</sup>.

### **3. EL PRECIO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS ANTE SUPUESTOS NO INCLUIDOS EN EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

Entre las prestaciones comprendidas en el derecho a la asistencia jurídica gratuita se encuentran algunos servicios que en el tráfico jurídico se desarrollan en el marco de un contrato de prestación de servicios jurídicos<sup>121</sup>. Este contrato engloba obligaciones tanto de medios como de resultado según la tipología concreta del encargo y en todo caso es oneroso. Está sujeto, asimismo, a la normativa de consumidores y usuarios<sup>122</sup>.

En la práctica, la diferencia entre la prestación de los servicios por medio del sistema de justicia gratuita o por medio de un contrato de prestación de servicios jurídicos radica en que en la asistencia jurídica gratuita la obligación será de medios, y no existirá pago de honorarios, sino que el profesional será indemnizado por el Estado.

Pero existen casos en los que los servicios se prestan a través del turno de oficio y deben abonarse los honorarios. Por ejemplo, si se concede el beneficio de

---

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> STC, Pleno, 236/2007, de 7 de noviembre.

<sup>120</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, "Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, 2007, p. 215.

<sup>121</sup> Aunque la naturaleza jurídica ha estado en entredicho, existiendo dudas sobre si debía optarse por el contrato de arrendamiento de servicios del artículo 1542 y ss. CC, parco en su regulación tras las continuas derogaciones en favor del contrato de trabajo, por el contrato de mandato recogido en los artículos 1709 y ss. CC, pensado para supuestos representativos. En el ámbito jurisprudencial, se le denomina "contrato de gestión". *Vid.* STS 501/2023, de 17 de abril. "La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve, normalmente, en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (...). Dicha relación participa de los caracteres del contrato de arrendamiento de servicios, toda vez que una persona, con el título de abogado, se obliga a prestar su actividad profesional, con la finalidad de solventar un problema legal que exige un asesoramiento o defensa judicial o extrajudicial".

<sup>122</sup> Por todas, la STJUE, Sala Novena, C-537/2013, de 15 de enero de 2015, *Birutė Šiba contra Arūnas Devėnas*, y las SSTS 203/2011, de 8 de abril, y 121/2020, de 24 de febrero.

justicia gratuita pero posteriormente es retirado. Su pérdida puede deberse bien a los supuestos de mejor fortuna, recogida en el artículo 36.2 LAJG<sup>123</sup>, o a la resolución desestimatoria denegando el derecho del artículo 29.3 RAJG<sup>124</sup>. En estos casos, unidos a la prestación de servicios que no estuvieran directamente relacionados con la situación de violencia de género y que, por tanto, no quedan incluidos, existe la obligación de pago del precio de los servicios jurídicos, normalmente con la devolución en los casos de que se haya percibido, de la indemnización abonada al profesional por el Estado.

A lo primero que debe prestarse atención es a qué condición de beneficiaria de justicia gratuita tiene la mujer. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo de 2022<sup>125</sup> enjuició un supuesto de declaración de mejor fortuna, en el que se dilucidaba la declaración de mejor fortuna de una mujer que alegó ser beneficiaria del derecho a la justicia gratuita en consideración a ser víctima de violencia de género. La Sala examinó los procedimientos y rechazó que tuviera tal condición pues el reconocimiento *“no fue consecuencia de una situación de derecho a la asistencia jurídica vinculada a la situación de VIDO sino derivada de una situación económica”*, constando en los Autos que la solicitante manifestó que *“se ha quedado en el paro y que su ex marido no está cumpliendo con la sentencia de divorcio por lo que no puede pagar a los profesionales mencionados, que por todo ello va a solicitar el beneficio de justicia gratuita”*. En este caso el plazo de tres años del artículo 36.2 LAJG estaba prescrito, pero de no estarlo, toda vez que su condición no era de beneficiaria de justicia gratuita por la condición de víctima de violencia de género sino la general por insuficiencia de recursos habría tenido la obligación de hacer frente al abono.

Por lo que respecta a los servicios efectivamente incluidos en el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencia de género, es especialmente interesante la SAP Sevilla 92/2024, de 1 de marzo<sup>126</sup>, donde se dilucida la reclamación, por un lado, de lo ya pagado en concepto de honorarios de abogado, y, por otro lado, desde la perspectiva del letrado, el resto de los honorarios que faltaban por abonar recogidos en una hoja de encargo de prestación de servicios profesionales. Debemos resaltar que la solicitante sostenía que existió dolo en el cobro de los honorarios por concurrir en ella los requisitos para haber sido beneficiaria de justicia gratuita tanto en los procedimientos en los que fue

---

<sup>123</sup> *“Con esta expresión de la mejor fortuna la Ley quiere hacer referencia al cambio de circunstancias económicas en el beneficiario de justicia gratuita que lo excluyan del ámbito de la insuficiencia de recursos para litigar”*. SAGARRIBAY ESTEVE, Olaya, *“Las costas y la asistencia jurídica gratuita”*, Taller sobre la tasación de costas procesales en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, 6 a 9 de junio de 2022, p. 15. [Consultado online: <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13680#:~:text=Con%20esta%20expresi%C3%B3n%20de%20a,insuficiencia%20de%20recursos%20para%20litigar>, última revisión 20 de diciembre de 2024].

<sup>124</sup> Este artículo, específico para la solicitud de justicia gratuita de víctimas de violencia de género, debe ser puesto en conexión con el régimen general, previsto en el artículo 17 RAJG.

<sup>125</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sc. 12ª, 167/2022, de 19 de mayo.

<sup>126</sup> SAP Sevilla, Sc. 2ª, 92/2024, de 1 de marzo.

designado de oficio como en otros posteriores, mientras que por la otra parte se circunscriben los primeros asuntos al beneficio de justicia gratuita para víctimas de violencia de género, y los segundos asuntos a prestación de servicios jurídicos regulada mediante hoja de encargo<sup>127</sup>.

La Audiencia Provincial de Sevilla únicamente estima el motivo propuesto por el letrado y anula la sentencia de instancia por no apreciar dolo en la actuación del letrado: no quedó acreditado en el procedimiento que el abono de cantidades previas a la hoja de encargo se refieran a los juicios de violencia y al proceso de divorcio (que son los que estaban íntimamente relacionados con la condición de beneficiaria de asistencia jurídica gratuita a víctimas de violencia de género), con expresa mención de los procedimientos instruidos y enjuiciados tanto en el orden civil como en el penal, y constando en ellos que el letrado actuó mediante designación del turno de oficio.

Recuerda la Audiencia Provincial de Sevilla que *“el artículo 20 LOVG no impide a las partes llegar a acuerdos sobre los honorarios en cualquier momento”*<sup>128</sup>. Lo verdaderamente sorprendente es que en la primera instancia no se valoraron una veintena de documentos que probaban la prestación de numerosos servicios profesionales a favor de la actora en asuntos ajenos a su situación de víctima de violencia de género y que no están cubiertos por el derecho a la asistencia jurídica gratuita<sup>129</sup>. Estas actuaciones no fueron ni negadas por la mujer en la contestación a la reconvencción ni en la oposición a la apelación, ni mencionadas en los escritos, ni aludidas las razones por las que se debían integrar dentro del derecho recogido en el artículo 20 LOVG.

Por todo ello la Audiencia Provincial falla en favor del letrado, estimando su reconvencción íntegramente y obliga a abonar a la mujer los honorarios conforme a la hoja de encargo suscrita, lo que deviene, en el caso concreto, en la condena a abonar la cuantía que restaba por pagar.

Aquí, a diferencia de los supuestos habituales, existía hoja de encargo, pero como bien indica ORTEGA REINOSO, *“en la práctica no siempre se utiliza, pese a los beneficios de documentar los contratos por escrito”*<sup>130</sup>. En los casos en los que exista prestación de servicios jurídicos realizados en el marco de la asistencia jurídica

---

<sup>127</sup> En cuanto a la hoja de encargo y su relación con el precio, *Vid.* NEUPAVERT ALZOLA, Mario, “La hoja de encargo del contrato de prestación de servicios jurídicos. Especial atención al precio”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos - REJUCRIM*, núm. 10, 2024, pp. 377-402. <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.11>

<sup>128</sup> SAP Sevilla, Sc. 2ª, 92/2024, de 1 de marzo, Fundamento de Derecho 3º, apartado 3º.

<sup>129</sup> Recoge la SAP Sevilla: operaciones de herencia con motivo del fallecimiento de la madre biológica, expediente de rectificación registral, operaciones de liquidación de la extinción del usufructo vitalicio de su madre, operaciones ante la Oficina Liquidadora de la Agencia Tributaria de Sevilla, intermediación en la venta de un chalet, asistencia en procedimiento penal completo por presunto delito de descubrimiento y revelación de secretos, entre otros.

<sup>130</sup> ORTEGA REINOSO, Gloria, “Despachos de abogados, sociedades profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos... ¿quién responde?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013, p. 3190.

gratuita a víctimas de violencia de género que finalmente deban ser minutados, habrá de acudir a las reglas de determinación del precio de los servicios jurídicos<sup>131</sup>.

En suma, en estos casos hablaremos del surgimiento de la obligación del pago del precio de los servicios jurídicos, tanto de aquellos servicios relacionados con la situación de víctima de violencia de género cuando no se le concedió el beneficio, como de aquellos que no estuvieron relacionados<sup>132</sup>, aun cuando se le concedió el beneficio de asistencia jurídica gratuita a víctimas de violencia de género. Esto último no obsta para que, ante el surgimiento de la necesidad de servicios jurídicos, la víctima de violencia de género reclame el derecho a la asistencia jurídica gratuita en atención a la insuficiencia de recursos para litigar, viéndose en este caso acogida a tal régimen y debiendo responder solo en los casos de mejor fortuna, como hemos visto.

#### 4. ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA CONCESIÓN DEL DERECHO, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE EXISTAN RECURSOS?

Tras haber narrado las bondades de este derecho y cómo se resuelven los supuestos en los que no se concede, también debemos narrar los argumentos en contra del privilegio de las víctimas de violencia de género, en cuanto al derecho de asistencia jurídica gratuita sin acreditar insuficiencia de recursos para litigar. Por un lado, los honorarios de los profesionales intervinientes son el medio de vida de estos, y a nadie escapa que la cuantía percibida en concepto de indemnización<sup>133</sup> es notablemente inferior a la que resultaría bien de la libre determinación del precio de los servicios jurídicos, bien de la determinación de esta cuantía a través del valor mercado<sup>134</sup>, o mediante los criterios orientadores<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Habrá de estarse a las reglas contenidas en la STS 501/2023, de 17 de abril, ampliamente comentada en NEUPAVERT ALZOLA, Mario “La hoja de encargo del contrato de prestación de servicios jurídicos...”, *op. cit.*, pp. 390 y ss.

<sup>132</sup> Ver en este sentido las notas 21 a 23.

<sup>133</sup> Podríamos incluso señalar que continuamente desde el Consejo General de la Abogacía Española se solicita la actualización de los baremos. NOTICIAS JURÍDICAS, “La Abogacía exige al Ministerio la actualización de los baremos de Asistencia Jurídica Gratuita”, 16 de octubre de 2024. [Consultado online:

<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/19632-la-abogacia-exige-al-ministerio-la-actualizacion-de-los-baremos-de-asistencia-juridica-gratuita/>, última revisión 20 de diciembre de 2024].

<sup>134</sup> *Ibidem*. Sobre el valor mercado en la determinación del precio de los servicios profesionales, *Vid.* CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La prestación de servicios profesionales*, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

<sup>135</sup> Los ya existentes o los futuros criterios a los que se refiere el artículo 6.2.e) de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa. “e) Las consecuencias de una eventual condena en costas, a cuyo efecto los colegios de la abogacía podrán elaborar y publicar criterios orientativos, objetivos y transparentes, que permitan cuantificar y calcular el importe razonable de los honorarios a los solos efectos de su inclusión en una tasación de costas o en una jura de cuentas. Tanto los profesionales de la abogacía como los titulares del derecho de defensa tienen derecho al acceso a dichos criterios”.

En nuestra opinión, podemos suponer que la cifra negra<sup>136</sup> de mujeres que no denuncian se incrementaría de decaer este derecho o de cercenar su aplicación. Y si el argumento es puramente económico, en cuanto a que de esta manera se reduce a la indemnización cualquier tipo de abono, este no se sostiene, porque no debe olvidarse, primero, que en casos de condena en costas podrán percibirse los honorarios conforme a lo dispuesto en el artículo 36 LAJG<sup>137</sup>, y segundo, que, de incrementarse las denuncias, se incrementaría la necesidad de prestación de servicios jurídicos a los victimarios.

Por otro lado, según MORENO PÉREZ<sup>138</sup>, en su análisis del Proyecto de reforma de la LAJG, fundamentado en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 que establece los estándares mínimos de derechos, apoyo y protección de las víctimas de delito y que sustituye la Decisión Marco 2001/220/JHA, merece la crítica el establecimiento de un privilegio, otorgando el derecho sin atender a requisitos económicos a unas víctimas concretas, en este caso las de violencia de género.

La crítica de la autora se circunscribe a los artículos 13 y 14 de la Directiva, pero estos artículos establecen claramente la necesidad de que el derecho a la justicia gratuita y de reembolso de las víctimas se articule conforme a las normas del Derecho nacional, y en este caso la LAJG prevé unos indicadores económicos

---

<sup>136</sup> “No olvidemos que en delitos como son los de violencia de género, y también los delitos de contenido sexual existe una importantísima cifra negra de criminalidad relacionada con la técnica de la no denuncia como línea de actuación de la víctima que, en lugar de acudir a buscar defensa en la Administración, oculta el delito y sigue manteniendo su propia victimización dejando hacer al autor del delito” MAGRO SERVET, Vicente, “Ante la necesidad de la creación de la institución de la ‘defensoría de la víctima del delito’”, *Diario La Ley*, núm. 9969, Sección Doctrina, 13 de diciembre de 2021, p. 1.

<sup>137</sup> De hecho, es especialmente interesante el apartado quinto del artículo 36 LAJG, que prevé que “obtenido el pago por los profesionales designados de oficio conforme a las reglas contempladas en los apartados anteriores, estarán obligados a devolver las cantidades eventualmente percibidas con cargo a fondos públicos por su intervención en el proceso. Para el cálculo de sus honorarios y derechos, se estará a las normas sobre honorarios de abogados de cada Colegio, así como a los aranceles de los procuradores vigentes en el momento de la sustanciación del proceso”, lo que permite minutar a través de los citados criterios orientadores.

<sup>138</sup> MORENO PÉREZ, Alicia, “La reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita: no avanzamos”, *Series Análisis Jurídicos*, núm. 1, 2014, p. 12 [Consultado online: <https://rightsinternationalspain.org/wp-content/uploads/2022/03/LA-REFORMA-DE-LA-LEY-DE-ASISTENCIA-JURI%CC%81DICA-GRATUITA-NO-AVANZAMOS-.pdf>, última revisión 20 de diciembre de 2024], quien expone que “la Directiva habla de todas las ‘víctimas’, con ‘estatuto de víctimas’ en el proceso, a las que el Estado garantizará el acceso a la justicia gratuita, y no por tanto de sólo aquellas que los gobiernos decidan a su criterio. Una de dos; o se aplica la exención de acreditar la insuficiencia de medios económicos que habilite la asistencia jurídica gratuita a todas las personas con estatus de víctima en el proceso (cualquiera que sea el delito), o se pide a todas con carácter previo que evidencien su situación de insuficiencia económica para litigar. De lo contrario, se está privilegiando (discriminando) a unas víctimas frente a otras. Las señaladas en el Proyecto de Ley no disponen per se de más y mejor derecho a la justicia gratuita (dispongan o no de recursos económicos) que las víctimas del resto de delitos”.

para que se atribuya este derecho o no, solo que antes ni siquiera se prevería para las víctimas.

Si la existencia de este derecho a la asistencia jurídica gratuita permite seguir luchando contra la cifra negra existente en estos delitos de tan amplia relevancia, en nuestra opinión debe mantenerse. En consecuencia, es cierto que existe una desigualdad de trato en función del delito del que se es víctima, pero está justificada. *A fortiori*, el propio texto constitucional, como ya hemos comentado, incluye situaciones para las que la justicia será gratuita sin tener que acreditar insuficiencia de recursos para litigar, en su artículo 119 CE, por lo que aquí simplemente existe una decisión del legislador de enriquecer su sistema de justicia gratuita ofreciendo de esta manera una mayor protección.

## 5. CONCLUSIONES

La regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita es excesivamente amplia, y según en qué comunidad autónoma nos movamos, podrá dar lugar a unos derechos u otros, por lo que sería fundamental una unidad normativa que nos aleje de un escenario donde existan múltiples reglamentos autonómicos para esta cuestión.

Por otro lado, el derecho a la asistencia jurídica gratuita no puede suponer un cheque en blanco para que el solicitante cargue al mismo cuanto requiera, sino que debe este circunscribirse en exclusiva a los asuntos vinculados a la situación de violencia de género sufrida. La confianza en el abogado seleccionado o designado para la prestación de los servicios jurídicos relacionados con esta situación puede dar lugar a depositar en el profesional otra serie de asuntos que requieran de la prestación de servicios jurídicos para su resolución, pero tanto en este caso, como en los casos en los que finalmente no se otorgue el derecho a la asistencia jurídica gratuita, darán lugar al pago de honorarios. No obstante, la determinación de los honorarios en caso de provenir de justicia gratuita el asunto debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 36.5 LAJG, en cuanto al cálculo con respecto a las normas sobre honorarios de abogados de cada Colegio, lo que quizá se actualice con la promulgación de los criterios a los que se refiere el artículo 6.2.e) de la Ley Orgánica 5/2024, y con lo ya dispuesto jurisprudencialmente para los casos en los que no se relacionen con los supuestos de justicia gratuita, como extrae de la STS 501/2023.

La razón de ser de este privilegio está justificada en la enorme cifra negra de esta serie de delitos, y para ello es imprescindible la participación de los profesionales de la abogacía y la prestación de sus servicios a las víctimas. No se sostienen tampoco los argumentos meramente económicos, porque si ascienden las denuncias, ascenderán los procesos y en consonancia, la necesidad de sus servicios, lo que junto a la condena en costas solventa el problema.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos de mal trato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2005.
- ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, 2007.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, “El acceso a la Justicia de las personas y colectivos LGTBI en la proposición de ley núm. 122/000097”, en ROCA MARTÍNEZ, José María (dir.), *El acceso a la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- COFÁN GARCÍA, Mónica, VALVERDE MORÁN, Elena, MERINO RUS, Rafael (coords.), “El turno de oficio de violencia de género y la asistencia jurídica gratuita”, en VV.AA., *Guía Práctica para el Asesoramiento Legal a Víctimas de Violencia de Género*, Fundación Fernández Pombo, 2015.
- GARCÍA MOLINA, Pablo, “Turno de oficio: del abogado de pobres al pobre abogado pobre”, en ROCA MARTÍNEZ, José María (dir.), *El acceso a la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LÓPEZ MARCHÁN, Raquel, “La asistencia jurídica gratuita a las mujeres víctimas de violencia de género”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 9, 2011.
- LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel, “La mujer inmigrante víctima de violencia de género: especial referencia al derecho a la información, a la protección social integral y a la asistencia jurídica gratuita”, en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), ALONSO SALGADO, Cristina (coord.), *Violencia de género y justicia*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2013.
- MAGRO SERVET, Vicente, “Ante la necesidad de la creación de la institución de la `defensoría de la víctima del delito´”, *Diario La Ley*, núm. 9969, Sección Doctrina, 13 de diciembre de 2021.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina, “Otros derechos: Información y Asistencia Jurídica Gratuita”, en RIVAS VALLEJO, María Pilar, BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro (dirs.), *Violencia de Género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Cizur Menor, 1ª ed., 2007.
- MAYÁN SANTOS, María Encarnación, “El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 18, Agosto-Diciembre, 2006. [En línea: [https://www.uv.es/ajv/art\\_jcos/art\\_jcos/num18/Art.18\\_PDF/18-19El%20reconocimienot%20del%20Derecho%20a%20la%20Asistencia%20Juridica%20Gratuita.pdf](https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF/18-19El%20reconocimienot%20del%20Derecho%20a%20la%20Asistencia%20Juridica%20Gratuita.pdf), última revisión 20 de diciembre de 2024].

- MORENO PÉREZ, Alicia, “La reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita: no avanzamos”, *Series Análisis Jurídicos*, núm. 1, 2014. [Consultado online: <https://rightsinternationalspain.org/wp-content/uploads/2022/03/LA-REFORMA-DE-LA-LEY-DE-ASISTENCIA-JURI%CC%81DICA-GRATUITA-NO-AVANZAMOS-.pdf>, última revisión 20 de diciembre de 2024]
- NEUPAVERT ALZOLA, Mario, “La hoja de encargo del contrato de prestación de servicios jurídicos. Especial atención al precio”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 10, 2024. <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.11>
- ORTEGA REINOSO, Gloria, “Despachos de abogados, sociedades profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos... ¿quién responde?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “El nuevo régimen jurídico de la justicia gratuita de las víctimas de violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 8242, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2014.
- SAGARRIBAY ESTEVE, Olaya, “Las costas y la asistencia jurídica gratuita”, Taller sobre la tasación de costas procesales en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, 6 a 9 de junio de 2022. [Consultado online: <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13680#:~:text=Con%20esta%20expresi%C3%B3n%20de%20la,insuficiencia%20de%20recursos%20para%20litigar>, última revisión 20 de diciembre de 2024].
- TORRES ROSELL, Nuria, “Un ejemplo concreto de la eficiencia organizativa proyectada: la jurisdicción y la competencia objetiva en los procesos por violencia de género”, en DÍAZ PITA, María Paula (dir.), *Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Ed. Tecnos, Madrid, 2022.
- VELASCO CASANOVA, Mónica, “La RAE y la violencia de género: reflexiones en torno al debate lingüístico sobre el título de una ley”, *Revista de Estudios culturales de la Universitat Jaume I*, vol. II, 2005.
- VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos, *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

## 7. JURISPRUDENCIA EMPLEADA

- STJUE, Sala Novena, C-537/2013, de 15 de enero de 2015, *Birutė Šiba contra Arūnas Devėnas*.
- STC, Pleno, 236/2007, de 7 de noviembre.
- STS 501/2023, de 17 de abril.
- STS 121/2020, de 24 de febrero.
- STS 203/2011, de 8 de abril.
- SAP Sevilla, Sc. 2ª, 92/2024, de 1 de marzo.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sc. 12ª, 167/2022, de 19 de mayo.

# LA LEGITIMACIÓN PARA LA TUTELA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN: ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO AL 11 BIS LEC

Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidade de Santiago de Compostela

## 1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación supuso un importante avance hacia la consecución de una sociedad más igualitaria. Heredera de anteriores y frustrados intentos de regulación<sup>139</sup>, esta norma se dirige a erradicar la discriminación en diversos ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, para lo cual establece *“medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado”* (art. 1.2)<sup>140</sup>.

De entre sus múltiples disposiciones, destacaré en las siguientes páginas las relativas a la legitimación, que serán examinadas a la luz del proceso civil<sup>141</sup>. Un proceso civil que entrará en juego cuando los particulares sean discriminados en el ámbito del Derecho privado: por ejemplo, en el acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar (*vid.* artículo 3.1.k)<sup>142</sup>.

De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley integral, esta tutela judicial *“comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su*

---

<sup>139</sup> En relación a ellos, *vid.* RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba en supuestos de discriminación: su regulación en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 101-105.

<sup>140</sup> Así lo declara su artículo 1: *“1. La presente ley tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución.*

*2. A estos efectos, la ley regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, establece principios de actuación de los poderes públicos y prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado”.*

<sup>141</sup> Para un estudio en detalle sobre la carga de la prueba en supuestos de discriminación, me remito a mi monografía RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba...*, *op. cit.*, *passim.*; así como a RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Prueba y perspectiva de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024.

<sup>142</sup> Sobre la prohibición de discriminación entre particulares, de nuevo me remito a RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba...*, *op. cit.*, pp. 105-119.

nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal”<sup>143</sup>.

## 2. LA LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Al igual que ya hiciera en su momento la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la Ley integral de 2022 introduce una regulación específica en materia de legitimación. En este último caso, a través de sendas disposiciones que no hacen sino generar una duplicidad normativa innecesaria: por un lado, mediante el artículo 29; y, por otro, mediante la Disposición final segunda, que modifica la redacción del 11 bis LEC en esta misma materia<sup>144</sup>.

Más allá de la reiteración, resulta llamativo que el tenor literal de uno y otro precepto difiera en algunos aspectos. Por ejemplo, si nos fijamos en la relación de sujetos y entidades legitimadas del 11 bis LEC, se incluye a la Autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación –organismo creado *ex novo* por la Ley integral<sup>145</sup>–. Sin embargo, ésta no figura en la enumeración del artículo 29.1 Ley 15/2022. Igualmente, el artículo 29 no contempla una previsión específica en materia de intereses difusos, como sí hace el 11 bis 2 LEC.

Por el contrario, el 29.2 se refiere a una serie de requisitos que las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos tienen que acreditar, requisitos que no se mencionan en el 11 bis LEC –si bien es cierto que este último remite a lo previsto en la Ley integral–<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> En puridad, este precepto no entraña ninguna verdadera novedad procesal. Aunque la Ley no lo hubiera previsto, nada impediría que, por ejemplo, se adoptasen las medidas cautelares pertinentes en este ámbito –toda vez que el elenco del 727 LEC constituye un listado *numerus apertus*–. Así las cosas, parece que este artículo encierra en realidad una mera declaración de intenciones por parte del legislador en este ámbito.

<sup>144</sup> El artículo 11 bis LEC se añadió, precisamente, como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007. Entre las modificaciones introducidas *ex* Ley 15/2022, se ha eliminado con acierto el apartado tercero del 11 bis, cuya ubicación en la LEC resultaba inadecuada al encuadrarse más propiamente en el ámbito penal –aun teniendo en cuenta la posibilidad de reservarse la acción civil destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios–. Esta norma establecía que “*La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo*”.

<sup>145</sup> Autoridad que la Ley integral regula en sus artículos 40 a 45 LEC.

<sup>146</sup> En concreto, estos requisitos serían: “*a) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengán ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran.*

*b) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación”.*

Sea como fuere, en el sucinto análisis que vendrá a continuación –y que, desde luego, no agotará todas las posibilidades de un tema tan complejo como es la legitimación–, partiré del tenor literal del 11 bis LEC.

Así las cosas, el apartado primero del actual 11 bis se refiere a la legitimación extraordinaria en materia de intereses colectivos. A este respecto, dispone que, junto con las personas afectadas, que son quienes ostentan la legitimación ordinaria, también tendrán legitimación una serie de entidades, las cuales deberán contar siempre con la autorización de dichas afectadas. Se trata, como señala DEL POZO PÉREZ, de utilizar la fuerza del grupo, pues muy probablemente estas entidades “se encontrarán en mejor posición, más libres, menos condicionadas y tendrán menos impedimentos económicos, sociales o de asistencia jurídica especializada”<sup>147</sup>.

No señala el 11 bis LEC el carácter que debe revestir esa autorización, pero creo que no deberían tener cabida las autorizaciones tácitas<sup>148</sup>. Al contrario, deberían ser expresas –a fin de evitar interpretaciones erróneas– y efectuadas por un medio que, en su caso, permitiera una posterior acreditación. A una conclusión en este sentido nos conduce también el artículo 29 Ley 15/2022, que sí alude a la necesidad del carácter expreso de la autorización<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> POZO PÉREZ, Marta del, “La tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en VENTURA FRANCH, Asunción; GARCÍA CAMPÁ, Santiago (Dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 323 y 324.

<sup>148</sup> En sentido contrario, y en referencia a lo previsto en la anterior redacción del precepto dada por la Ley Orgánica 3/2007, BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “La tutela jurisdiccional del derecho a la no discriminación por razón de sexo: la legitimación para accionar”, en TORRES GARCÍA, Teodora (Dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 983 y 984, se mostraba partidaria de la autorización tácita.

Por su parte, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, “La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2023, p. 96, sostiene: “De la lectura del artículo 11. 1 bis de la LEC podría pensarse que la autorización de las personas afectadas puede considerarse concedida si se les ha comunicado la voluntad de la entidad de iniciar el pleito y no hay declaración expresa en contrario. Aun así, pensamos que no basta con acreditar la condición de afiliado o asociado y siempre será exigible algún tipo de acreditación o reconocimiento formal para actuar en representación de éstos”.

<sup>149</sup> Con respecto a la Autoridad independiente, CUCARELLA GALIANA pone de relieve que la enumeración del 29.1 Ley 15/2022 no la incluye dentro de las entidades que requieren de la previa autorización de las personas afectadas –a diferencia del tenor literal del 11 bis LEC–. Ante esta disparidad, sostiene “que es posible realizar una interpretación que ensamble las dos disposiciones a que nos referimos. De esta manera, sostenemos que de acuerdo con el artículo 11 bis 1 LEC, la Autoridad debe tener la autorización previa de la víctima. Sin embargo, en la medida en que no está incluida en el artículo 29.1 Ley 15/2022, dicha autorización puede ser «tácita», mientras que los demás sujetos, siempre necesitan que sea expresa”. En este punto, discrepo del autor y considero que, en todo caso, de conformidad con el tenor literal del 11 bis y por las razones apuntadas *supra*, la autorización ha de ser siempre expresa, con independencia de la entidad a la que se dirija. *Cfr.* CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, “Intereses difusos y legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, en ASENSIO MELLADO, José María; FUENTES SORIANO, Olga (Dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 426 y 427.

Por otro lado, MARTÍN PAYÁ señala que una de las cuestiones no resueltas por el 11 bis es si basta con que esa autorización provenga de uno de los afectados o deben consentir todos<sup>150</sup>. En mi opinión, la respuesta dependerá en buena medida de cómo se conciba esta legitimación, cuestión compleja y no exenta de polémica. En este sentido, BONACHERA VILLEGAS distingue dos supuestos: un primero en el que la entidad actúa en nombre e interés de un concreto asociado o afiliado, lo que constituiría un supuesto de representación voluntaria cuyo ejercicio requeriría de la preceptiva autorización. Por otro lado, un segundo supuesto “*en el que la tutela que solicitan a los tribunales está referida a un colectivo de perjudicados por un hecho discriminatorio, cuyos componentes están perfectamente determinados o son fácilmente determinables, sus afiliados o asociados, que constituye un supuesto de legitimación extraordinaria*”. En este último caso, que equipara con la legitimación que el artículo 11.2 LEC concede a las asociaciones de consumidores y usuarios, no sería precisa la autorización<sup>151</sup>.

Por otro lado, si se abogase por que la autorización fuese requerida en cualquiera de los dos supuestos señalados –lo cierto es que el 11 bis 1 utiliza el adverbio ‘siempre’–, creo que no se debería exigir la de todos y cada uno de los afectados por ese interés colectivo –afectados cuyo número, dependiendo del caso concreto, puede oscilar significativamente–. Sea como fuere, tal y como prevé el apartado primero del 15 ter LEC<sup>152</sup>, esos afectados serán llamados al proceso: “*En los procesos promovidos por la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, los partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, organizaciones de personas consumidoras y usuarias y asociaciones y organizaciones legalmente constituidas, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual*”<sup>153</sup>.

A pesar de prever ese llamamiento, el artículo 15 ter no concreta el modo en que se efectuará. En vista de ello, lo conveniente sería acudir, *mutatis mutandis*, a lo previsto en el artículo 15 LEC en materia de publicidad e intervención en

---

<sup>150</sup> MARTÍN PAYÁ, Vanesa, “El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el proceso civil”, en JIMÉNEZ CONDE, Fernando; BANACLOCHE PALAO, Julio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Dirs.), *Logros y retos de la Justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 230.

<sup>151</sup> BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “La tutela jurisdiccional del derecho...”, *op. cit.*, p. 982; y BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023, p. 20.

<sup>152</sup> Precepto introducido por la propia Ley integral a través de la Disposición final segunda.

<sup>153</sup> Y añade el apartado segundo del 15 ter LEC: “*El órgano judicial que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que, de conformidad con las funciones que le son propias, valore la posibilidad de su personación*”.

procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios<sup>154</sup>.

Al margen de lo apuntado, una vez se cuente con la preceptiva autorización, podrán entablar la acción civil: la Autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación; y, con respecto a las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 15/2022.

Una de las cuestiones a las que cabe referirse es al aumento de sujetos legitimados con respecto a la versión original del precepto introducida *ex* Ley Orgánica 3/2007: en concreto, se añade la Autoridad independiente (recordemos que fue creada por la propia Ley integral) y se aumenta el número de organizaciones mencionadas –la redacción anterior del 11 bis 1 LEC se refería únicamente a sindicatos y asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial fuera la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres–.

Entre ellas, ahora se menciona a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias. De este modo, se pone fin a las dudas y eventuales solapamientos que la anterior regulación había ocasionado, toda vez que disponíamos de un artículo 11 LEC referido expresamente a las asociaciones de consumidores y usuarios frente a un 11 bis que no las mencionaba<sup>155</sup>.

En este elenco no se alude al Ministerio Fiscal, pero considero que podría ostentar igualmente legitimación con base en preceptos como el 6.1.6º, 15 ter 2 y 249.1.2º LEC –además de otros de alcance más general como el 124 CE o el 3 EOMF–<sup>156</sup>.

Por su parte, el artículo 11 bis 2 se ocupa de los intereses difusos<sup>157</sup>. A este respecto, dispone que, cuando las personas afectadas sean una pluralidad

---

<sup>154</sup> En idéntico sentido, BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “A vueltas con la igualdad...”, *op. cit.*, p. 23.

<sup>155</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* MARTÍN PAYÁ, Vanesa, “Proceso e igualdad de género: tutela colectiva y especialidades en materia de carga probatoria”, en HERRERO PEREZAGUA, Juan F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (Dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 384; y MARTÍN PAYÁ, Vanesa, “El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el proceso civil”, *op. cit.*, pp. 231 y 232.

<sup>156</sup> En la misma línea, BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “A vueltas con la igualdad...”, *op. cit.*, p. 21; y BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, “Derecho procesal e igualdad. La legitimación activa para la protección del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Especial referencia al artículo 11 bis”, en MONTESINOS GARCÍA, Ana (Dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 281 y 282.

<sup>157</sup> ARMENTA DEU, Teresa, “Por el derecho a la igualdad de género: tutela procesal civil”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 40, 2014, p. 29, explica que, distintos de los intereses tanto colectivos como difusos serían los derechos individuales plurales, esto es, “derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en un número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. Tal sería el caso de la adquisición por una pluralidad de consumidores a un mismo comerciante de un bien que adolece de un mismo defecto de

indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos corresponderá a la Autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 15/2022. En buena lógica con la indeterminación de los integrantes del grupo de afectados, no se requiere aquí de la preceptiva autorización que se impone en el caso de intereses colectivos. Y todo ello sin perjuicio de la legitimación que pudiera corresponder a aquellas personas afectadas que sí llegasen a estar determinadas.

Un aspecto que llama la atención del precepto es que, a diferencia de lo previsto en el apartado primero para los intereses colectivos, se exige que el ámbito de actuación de las asociaciones de consumidores sea estatal. En contra del criterio de legislador, considero que no se debería impedir que estuvieran legitimadas aquéllas que actúen en un ámbito infraestatal, siempre que éste que resulte afectado por la posible situación de discriminación –como sí prevé con carácter general para las organizaciones que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos–<sup>158</sup>. Es más, se produce una incongruencia normativa, toda vez que el 11 ter LEC, relativo a legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, elimina esa exigencia al referirse a las asociaciones de personas consumidoras y usuarias. Cuestión aparte es, si desde el punto de vista procesal, era necesaria una disposición expresa sobre legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales cuando estos supuestos ya quedaban englobados en el 11 bis. En mi opinión la respuesta es no, sin perjuicio de otros aciertos que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y

---

*fabricación, en el que los perjudicados son titulares de un derecho subjetivo de acción destinado a disponer de un bien en las condiciones acordadas y a la reparación o resarcimiento de los daños sufridos por cada uno.*

*En este caso, la legitimación «ad causam» corresponde a cada uno (principio dispositivo) y el efecto de la resolución no se extiende pudiendo beneficiar automáticamente a los demás cointerésados que ocupan idéntica situación.*

*Eso no significa, empero, que no sea deseable articular mecanismos semejantes a los articulados en Brasil en el Código de Defensa del Consumidor o a las class action de los EE. UU. de Norteamérica”.*

<sup>158</sup> También critica esta limitación MARTÍN PAYÁ, Vanesa, “El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el proceso civil”, *op. cit.*, p. 231. Bajo la vigencia del régimen anterior, también lo hacía MARTÍN DIZ, Fernando, “Tutela judicial del derecho de igualdad entre mujeres y hombres y sus repercusiones procesales”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (Dir.), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, Comares, Granada, 2008, p. 289.

efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, ha traído consigo.

Volviendo al 11 bis apartado segundo, también merece ser cuestionado el calificativo “*más representativos*” que se impone a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos<sup>159</sup>, inexistente sin embargo en el apartado primero del mismo precepto<sup>160</sup>. Y, de nuevo, se aprecia además una disparidad entre el 11 bis y el 11 ter, pues este último no contiene esa referencia a la representatividad.

Por otro lado, si bien el precepto legitima a la Autoridad independiente, elimina la mención a los organismos públicos con competencia en la materia. Esta supresión nos conduce a pensar que entidades como, por ejemplo, el Instituto de las Mujeres o sus homólogos autonómicos, entre otras, carecen de legitimación para la defensa de los intereses difusos.

Vinculado con la legitimación, cabe referirse a la reforma del artículo 222.3 LEC operada por la Disposición final segunda de la Ley integral. A su través, el precepto extiende los efectos de la cosa juzgada a los sujetos que, no habiendo litigado, sean titulares de derechos que fundamenten la legitimación *ex* 11 bis LEC<sup>161</sup>.

Desde el punto de vista práctico, destaca la escasísima aplicación en el foro de este tipo de legitimación desde que, en su primera versión, fuera introducida por la Ley Orgánica 3/2007. De hecho, y sin perjuicio de que existan otras resoluciones que no hayan llegado a las bases de datos o que se hayan escapado de la

---

<sup>159</sup> Aspecto el de la exigencia de representatividad ya criticado bajo la vigencia de la redacción anterior por BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “La tutela jurisdiccional del derecho...”, *op. cit.*, p. 985.

Cuestión distinta, como señala esta misma autora, es la operatividad práctica que esta legitimación de los sindicatos pueda tener en el marco del proceso civil, en vista del tipo de pretensiones que en él se ejercitan. *Ibidem*, pp. 986 y 987.

<sup>160</sup> Atendiendo al tenor literal de la norma, entendemos que el plus de representatividad alcanza a los partidos políticos, toda vez que, pese a que el último elemento de la enumeración constituye un sustantivo femenino, el adjetivo está en masculino. Ello sugiere que este calificativo es aplicable a todo el elenco y no sólo a su último elemento: “*a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos*”.

<sup>161</sup> Quisiera destacar un dato que ha llamado mi atención: a pesar de haberse incluido un artículo 11 ter relativo a la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales; no se modificó en su momento la redacción del 222.3 LEC, de tal suerte que, si se atiende al tenor literal de la norma, en estos casos no se produciría la extensión de efectos en materia de cosa juzgada. De hecho, el 222.3 LEC ha sido recientemente modificado *ex* Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, sin que se haya introducido una mención al 11 ter.

En mi opinión, el motivo de todo ello responde más a una deficiente técnica legislativa que a una verdadera intencionalidad de, en este caso, excluir a este tipo de resoluciones de la extensión de efectos.

búsqueda efectuada, tan sólo podríamos citar como ejemplo la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga de 5 de diciembre de 2013.

En el caso de autos, una asociación de consumidores y usuarios demandó a una compañía aérea con motivo de una campaña publicitaria sexista. Frente a esta demanda, la aerolínea opuso como excepción procesal la falta de legitimación activa de la asociación de consumidores y usuarios. En concreto, argumentaba que no resultaba suficiente con que la asociación tuviera como finalidad la defensa de este colectivo, sino que era necesario que su fin primordial fuera la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 bis LEC. La jueza, sin embargo, rechaza esta alegación con base en el artículo 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Finalmente, se considera que la publicidad realizada era ilícita y, en consecuencia, la empresa es condenada.

Este cuasi inexistente reflejo en la práctica no es exclusivo de esta concreta disposición –sucede lo mismo, por ejemplo, con las relativas a la carga de la prueba–. De ahí que piense que esta escasa explicación es síntoma de un problema más general: el exiguo número de procesos que, en el ámbito civil, persiguen la tutela del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

*Prima facie*, este podría ser un dato positivo –en el sentido de que, si no hay procesos, es porque los quebrantos a la igualdad y a la prohibición de discriminación en el ámbito del Derecho privado son escasos–. Sin embargo, me aventuro a sostener que la razón es otra: es la escasa concienciación de la ciudadanía en cuanto al ejercicio de estos derechos en el ámbito civil –a diferencia de otros, como podría ser el laboral– lo que conduce a que no se acuda a los tribunales para exigir su tutela.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Teresa, “Por el derecho a la igualdad de género: tutela procesal civil”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 40, 2014.

BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023.

BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “La tutela jurisdiccional del derecho a la no discriminación por razón de sexo: la legitimación para accionar”, en TORRES GARCÍA, Teodora (Dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, “Derecho procesal e igualdad. La legitimación activa para la protección del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Especial referencia al artículo 11 bis”, en MONTESINOS GARCÍA, Ana (Dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, “La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2023.
- CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, “Intereses difusos y legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, en ASECIO MELLADO, José María; FUENTES SORIANO, Olga (Dir.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “Tutela judicial del derecho de igualdad entre mujeres y hombres y sus repercusiones procesales”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (Dir.), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, Comares, Granada, 2008.
- MARTÍN PAYÁ, Vanesa, “El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el proceso civil”, en JIMÉNEZ CONDE, Fernando; BANACLOCHE PALAO, Julio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Dir.), *Logros y retos de la Justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MARTÍN PAYÁ, Vanesa, “Proceso e igualdad de género: tutela colectiva y especialidades en materia de carga probatoria”, en HERRERO PEREZAGUA, Juan F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (Dir.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2022.
- POZO PÉREZ, Marta del, “La tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en VENTURA FRANCH, Asunción; GARCÍA CAMPÁ, Santiago (Dir.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Prueba y perspectiva de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba en supuestos de discriminación: su regulación en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- VALIÑO CES, Almudena, “La introducción de la legitimación para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres”, en TORRES GARCÍA, Teodora (Dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

# LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS PROCESOS ESPECIALES DE INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO: UN ¿DEMANDANTE? *SUI GÉNERIS*<sup>162</sup>

Ana SÁNCHEZ RUBIO

Profesora Titular de Derecho procesal  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

## 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el concepto de legitimación está muy ligado al concepto de parte procesal. Y es que para ser parte en un proceso es requisito necesario, pero no suficiente, tener capacidad, tanto para ser parte como capacidad procesal. Sin embargo, el tener ambas capacidades habilita a la persona a actuar válidamente en cualquier proceso ejercitando en abstracto el derecho de acción; pero, este derecho de acción debe ejercitarse siempre en el marco de un proceso concreto, con un determinado objeto litigioso y una causa de pedir propia<sup>163</sup>. Por lo que se exige que exista algún nexo jurídico o algún interés entre la parte y el tema que se plantea.

De hecho, el artículo 10 LEC, intitulado *Condición de parte procesal legítima*, dispone que “*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”. A esa titularidad de la relación jurídica o del objeto litigioso se le ha venido denominando por la doctrina como legitimación ordinaria, que es la que requiere un vínculo del sujeto que va a ser parte en el proceso con la materia que se va a dilucidar en el mismo. En palabras de MORENO CATENA, “*el concepto de legitimación alude, pues a una especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, que les habilita para comparecer o exige su comparecencia, individualmente o junto con otros, en un proceso concreto con el fin de obtener una sentencia de fondo*”<sup>164</sup>. De otra parte, el citado artículo 10 LEC continúa estableciendo que “*Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”. Estos son los llamados supuestos de legitimación extraordinaria, en los que se concede legitimación a sujetos que no son parte de la relación material, pero que la ley les atribuye la posibilidad de intervenir como parte y alegar la titularidad del derecho de acuerdo con la pretensión deducida. Por lo tanto, como afirma MONTERO AROCA, los casos de legitimación extraordinaria tienen un carácter tasado, en el sentido de que son los que el legislador quiere que sean y no otros.

---

<sup>162</sup> Este capítulo de libro es un extracto de un subepígrafe de la monografía: *Internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: uso y abuso de una medida excepcional que precisa de una profunda reforma*, Aranzadi, Cizur Menora (Navarra), 2024.

<sup>163</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 92.

<sup>164</sup> *Íbidem*, p. 92.

En estos casos, deberá ser la ley la que diga qué posición debe ocupar una persona para que esté legitimada<sup>165</sup>.

Por último, caben ser mencionados los supuestos de legitimación derivada del interés general, en los que, de manera genérica, podemos decir que intervienen personas jurídicas para la defensa de intereses colectivos y difusos o el Ministerio Fiscal por razones de interés general, público o social. En este sentido, la LOPJ en su artículo 7.3 dispone que para la defensa y promoción de los intereses colectivos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados. También la LEC ha regulado estos casos en su artículo 11, que versa sobre, la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, en su artículo 11 bis, legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, y en su artículo 11 ter, legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. El Ministerio Fiscal, por su parte, podrá intervenir en todos estos procesos, así como, por mandato constitucional (art. 124 CE), como defensor de la legalidad, en todos los procesos que exista un interés público tutelado por la ley y para procurar la satisfacción del interés social<sup>166</sup>.

En lo que aquí interesa, nada dice el artículo 763 LEC sobre quiénes están legitimados para solicitar un proceso de internamiento no voluntario ordinario, por lo que habrá de estarse a otras disposiciones que sustenten dicha legitimación. En cuanto al internamiento no voluntario urgente, sí que establece dicho precepto que *“En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible”*. No obstante, esta atribución merece ser analizada. Por ello, en lo que sigue, trataremos de dar respuesta a la legitimación activa de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico, ante la falta de concreción del artículo 763 LEC.

## 2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

### 2.1. Internamientos no voluntarios urgentes

Si nos referimos en exclusiva a la legitimación activa, podemos definirla como la que se refiere al actor o demandante en el proceso que le permite promoverlo y obtener una resolución judicial sobre el objeto del proceso<sup>167</sup>. En lo que respecta

---

<sup>165</sup> MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Bosh, Barcelona, 2007, pp. 486-488.

<sup>166</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 95 y ss.

<sup>167</sup> En palabras de MONTERO AROCA, *“en los casos de derecho privado que debemos considerar normales la tutela judicial solo puede prestarse cuando quien comparece ante el órgano judicial afirma su titularidad del derecho subjetivo material e imputa al demandado la titularidad de la obligación”*. MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, op. cit., p. 152. No obstante, como es sabido, el internamiento involuntario no se adopta a través de un proceso civil ordinario, sino de uno especial, de ahí las especialidades que deriven, también, en materia de legitimación.

a los internamientos involuntarios, esta persona sería la legitimada para iniciarlo, es decir, solicitar que el juez lo acuerde. Como decíamos, el artículo 763.1.II LEC establece que, en casos de internamientos urgentes, esto es, cuando el internamiento ya se ha realizado y se solicita la ratificación de la medida, será el responsable del centro quien deba dar cuenta de éste al tribunal competente. La cuestión aquí es dirimir si se trata de una legitimación única y exclusiva o si también otras personas en casos de internamientos urgentes están legitimadas para solicitarlo.

En este sentido, hemos de acudir a lo declarado por la STC 13/2016, de 1 de febrero. Este pronunciamiento resuelve un recurso de amparo planteado por una persona que fue internada en contra de su voluntad en un centro geriátrico. En lo que aquí interesa, la legitimación activa para instarlo, se denuncia la falta de legitimación de quienes lo hicieron, ya que fueron trabajadoras sociales del Samur, que se encargaron del traslado del internado (pertenecientes al equipo de internamientos involuntarios), quienes se dirigieron al Decanato de los Juzgados de Madrid presentando un informe en el que se describían ciertos hábitos de vida de la recurrente, solicitando, con base en ello, su internamiento.

Ante estos hechos, el Alto Tribunal declara que *“en los casos en que por razones de urgencia deba practicarse el internamiento involuntario con carácter previo a obtenerse la necesaria autorización judicial, el precepto es del todo claro al imponer el deber de comunicar la adopción de la medida al responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento”* [...]. *“Es pues este último, el responsable de cada centro, quién permite que se materialice la privación de libertad de quien ingresa (o ya residía antes, por entrada voluntaria), si el centro dispone de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento, y si el centro cuenta con los equipos y recursos materiales (medicinas, etc.) que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise”*. [...] *“La norma citada (art. 763.1 LEC) no contempla por tanto que la comunicación al órgano judicial la efectúen quienes intervienen en un momento anterior al inicio del internamiento, como sucede con el traslado del afectado al centro, tarea ésta que puede corresponder en la casuística diaria a diversidad de personas, según las circunstancias (agentes policiales, personal de ambulancias, trabajadores sociales, o los propios parientes o conocidos de aquél)”* (FJ 3).

No admite, por tanto, el Tribunal Constitucional esa *“delegación de responsabilidades”*, pues la entiende carente de validez a los relevantes efectos de la tutela del derecho a la libertad (art. 17.1 CE). Decisión que compartimos sin atisbo de duda. No se trata de una interpretación literal de la norma, ni de un formalismo procesal carente de sentido. Muy al contrario, se trata de un refuerzo de las garantías procesales que debe tener cualquier persona a la que se le priva de libertad. El hecho de que sea el médico responsable del centro quien deba instar la ratificación del internamiento, aporta al juez la justificación necesaria para que proceda a decidir al respecto, pues no olvidemos que dicha solicitud ha de ir acompañada de un informe médico en el que se expliquen los motivos que

aconsejan dicha privación de libertad. Un informe que requiere, en consecuencia, de conocimientos propios de la ciencia médica y de conocimientos específicos del centro en el que se ha producido ya el internamiento<sup>168</sup>. De manera que permitir que sean otras personas distintas de ese responsable médico quienes inicien el trámite de solicitud supone, a nuestro juicio, una merma en las garantías de la persona que, además, ya ha sido internada.

Por ello, discrepamos de la opinión de ARIAS GARCÍA cuando afirma, en relación con la legitimación activa de los internamientos no voluntarios urgentes, que *“dado que estos internamientos se producen cuando por razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida, al hallarnos ante una situación de riesgo para personas y bienes y ante el potencial peligro que la situación puede conllevar, a mi juicio, está legitimada cualquier persona que tenga conocimiento del hecho que pueda acarrear un peligro eminente dada la gravedad de la crisis que pueda padecer el enfermo, pues de lo contrario el derecho que todo disminuido psíquico tiene a un tratamiento y rehabilitación, así como los derechos del resto de los ciudadanos que pudieran verse perjudicados ante la peligrosa situación, podrían ser ilusorios. Por lo que cualquier persona conocedora de los hechos que pueden acarrear eminente peligro y sobremanera las personas que conviven con el enfermo, sean o no familiares del mismo, deben dar cuenta al médico de guardia, el que una vez reconocido al enfermo, valorará la situación, apreciando si el trastorno psíquico es de la suficiente gravedad que aconseje su internamiento”*<sup>169</sup>.

Se confunden aquí, a nuestro modo de ver, varios conceptos procesales de suma importancia. El primero de ellos es el de legitimación activa, ya que poner en conocimiento de un médico la situación de salud de una persona no inicia ningún proceso. La persona que lo haga no se constituye como parte ni en ese momento ni posteriormente si el proceso se iniciase. Consiste precisamente en eso: una mera comunicación de sospechas sobre la salud de alguien que conocemos a un

---

<sup>168</sup> Al respecto, asevera CALAZA LÓPEZ que *“El responsable del centro no podrá limitarse, en su solicitud de ‘ratificación’ del internamiento practicado, a poner este ‘internamiento’ en conocimiento del Juez –como si de la facultad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la notitia incapacitationis se tratase–debiendo especificar, en su escrito, no sólo los datos de identificación del interno y las concretas circunstancias en las que se encontraba cuando fue atendido, sino también el concreto trastorno psíquico que le aqueja, e incluso el sometimiento al tratamiento que resulte más adecuado para la superación de dicho trastorno, de manera conjunta a la previsión sobre su pronóstico en el futuro”*. CALAZA LÓPEZ, S., “El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, p. 200.

<sup>169</sup> ARIAS GARCÍA, J. A., “Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, *Boletín núm.* 2016, p. 17.

También CALAZA LÓPEZ en un sentido similar afirma que *“Aun cuando la LEC se refiere, al objeto de la determinación de las personas, en concreto, obligadas a ‘solicitar la ratificación del internamiento’, en exclusiva, al responsable del centro psiquiátrico dónde éste se hubiere producido, ello no obsta, como es lógico, para que las personas legitimadas para promover la ‘autorización’ del internamiento [ordinario] puedan instar, cuando el internamiento ya se hubiere producido, si lo estiman pertinente, su oportuna ‘ratificación’”*. CALAZA LÓPEZ, S., “El proceso de internamiento no voluntario...”, *op. cit.*, pp. 200 y 201.

médico que pueda encargarse de su solución, pero nada tiene que ver con el ámbito procesal. El problema interpretativo deviene, quizás, cuando esa comunicación se hace a un juez y no a un médico, lo cual discutiremos a continuación.

El segundo concepto que consideramos errado es el del internamiento urgente, pues, según el artículo 763 LEC, este no se da cuando razones de urgencia justifiquen que la persona sea internada, sino cuando por razones de urgencia la persona ya ha sido internada. Es decir, no es necesario poner en conocimiento del médico o del juez ninguna información, en cualquier caso, ese testimonio podría valer para el trámite en el que viene establecido que se oirá a cualquier persona que se estime conveniente, pero ello no guarda relación con la legitimación activa de este proceso. Para interpretarlo así habría que entender como internamiento urgente uno que no se ha producido pero que no puede esperar a un informe médico, por lo que el juez lo autorizaría provisionalmente a la espera del mismo. Caso que no viene recogido en el artículo 763 LEC<sup>170</sup>, por lo que, si ocurriera en la práctica, creemos quien lo solicita sería parte activa de un proceso de medida cautelar del artículo 762 LEC, pero no del proceso de internamiento del artículo 763 LEC. Por ende, entendemos que la legitimación activa que atribuye el artículo 763.1.II LEC a los responsables de los centros de internamientos es exclusiva y excluyente, de modo que son ellos los únicos que pueden solicitar la ratificación de la medida adoptada<sup>171</sup>.

No obstante, esta atribución exclusiva y excluyente parece haber perdido vigencia tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 junio, al menos parcialmente. Y es que, entre una de las múltiples modificaciones de dicha norma se encuentra la del artículo 250 CC, que establece en su párrafo octavo que *“no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”*. De manera que, si el internamiento fuese considerado

---

<sup>170</sup> Así lo considera SÁEZ GONZÁLEZ, cuando defiende que *“Cabe que los familiares o los servicios sociales o incluso el Ministerio Fiscal soliciten el internamiento de forma urgente y que el juzgado se dé por enterado e incluso autorice provisionalmente el mismo con independencia de que tan pronto como conste en sede judicial la comunicación del ingreso remitida por el director del centro en que se ha producido el mismo comiencen las actuaciones encaminadas a ratificar dicho internamiento. En estos casos puede entenderse que la solicitud de internamiento urgente que hagan esas personas es el primer acto del procedimiento por motivos de urgencia”*. SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 170.

<sup>171</sup> En este mismo sentido, afirma RODRÍGUEZ LÁINZ que *“La decisión de internar a una persona involuntariamente en un centro psiquiátrico por razones de urgencia es en esencia un acto médico con trascendencia jurídica. Solo a un profesional de la medicina corresponde la responsabilidad y capacidad de iniciativa para ordenar un internamiento en tales condiciones a reserva de una resolución judicial. Por ello, la participación que pudiera tener el Ministerio Fiscal o cualquiera de las personas legitimadas en virtud de lo dispuesto en el art. 757.1 de la LEC no debería ir más allá de una capacidad de petición de toma de decisión por parte del profesional de la medicina responsable; como si de un acto médico más se tratase”*. RODRÍGUEZ LÁINZ, J. L., *“El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional”*, *Diario La Ley*, núm. 8763, 2016, p. 8.

una medida de apoyo, se estaría prohibiendo a los directores de los centros de internamiento instar la regularización de quienes se encuentren allí internados, especialmente, a los de la tercera edad, al estar prestándoles servicios asistenciales o residenciales. Cuando el internamiento, sin embargo, es estrictamente de carácter médico debido a un trastorno psíquico, podría considerarse al director del centro legitimado para ello, por no tratarse de los servicios enunciados en el citado precepto.

Ahora bien, cabe preguntarse si la comunicación que una persona haga a un juez sobre el estado de salud de otra en aras de que estudie su posible internamiento, les constituye automáticamente como parte en el proceso civil de internamiento. En lo que a ello respecta es donde creemos que existe un vacío legal en la regulación vigente. En este sentido, el artículo 763.1.III LEC dispone que, en los casos de internamientos urgentes, el tribunal competente *“deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley”*. Debemos recordar en este punto que la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sufrido recientemente una reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y, precisamente, el precepto 757 LEC ha sido uno de los afectados. Por ello, quizás, hay quien defiende que tengamos que acudir a día de hoy al artículo 757.2 LEC en lugar de al apartado tercero<sup>172</sup>. No obstante, no compartimos esa opinión, pues no consideramos que el anterior 757.3 LEC haya sido sustituido por el actual 757.2 LEC. Consideramos, por el contrario que el anterior 757.3 LEC ha sido eliminado y que el actual 757.2 LEC sustituye al anterior 757.2 LEC.

Para entender el porqué de este razonamiento, expondremos lo que establece cada uno de estos preceptos. El actual artículo 757.2 LEC establece, en relación con la legitimación de los procesos en los que se solicitan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, que *“El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda [...]”*. Mientras que el anterior artículo 757.2 LEC disponía, en relación con los procesos de incapacitación, que *“El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado”*. Por su parte, el artículo 757.3 LEC establecía, en relación también con los procesos de incapacitación, que *“Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que*

---

<sup>172</sup> *“El art. 763 de la LEC, cuando regula el internamiento en caso de urgencia, sigue ordenando que el tribunal actúe de acuerdo con lo dispuesto en el art. 757.3, que ahora (desde la reforma de la LEC por la Ley 8/2021) no se refiere a esta cuestión, y es el art. 757.2 el que dispone que el Ministerio Fiscal habrá de promover el proceso de provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad si el propio interesado, su cónyuge o persona en situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos no existieran o no hubieran presentado la demanda, salvo que entienda que existen otras vías para que la persona con discapacidad pueda obtener los apoyos que precisa”*. MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 56.

*puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal". La semejanza se halla, por tanto, entre los dos preceptos 757.2 LEC, pero remitirnos al actual 757.2 LEC como sustituto del anterior 757.3 LEC no encuentra sustento alguno. Si nos situamos antes de la citada reforma, podría entenderse que el artículo 763.1.III LEC obligaba al juez a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal que estaba estudiando ratificar un internamiento urgente para que éste decidiera si se constituía como parte activa en dicho proceso o no. Interpretación que hacía la profesora CALAZA LÓPEZ al afirmar que "se infiere que el Juez correspondiente al lugar en que radique el centro dónde se hubiere producido el internamiento deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, la existencia de la persona que ha sido internada, de manera involuntaria, por razón de un trastorno psíquico. [...] Esta extraña legitimación, predicable del responsable del centro psiquiátrico, que más parece una obligación, para poner en conocimiento del Juez, la práctica de un internamiento, que, a su vez, habrá de ser puesto, por este mismo Juez, en conocimiento del Ministerio Fiscal, con el objeto de que éste se ocupe, al fin, de ostentar la cualidad de legitimado activo en el ulterior proceso destinado, en su caso, a la incapacitación supone, tal y como puede observarse a primera vista, un enredo"<sup>173</sup>.*

No obstante, actualmente, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, esa interpretación no cabe, en la medida en que esta ley ha eliminado el anterior artículo 757.3 y no lo ha sustituido por ningún otro en su nueva redacción, al no haber ningún apartado que contemple un mandato similar<sup>174</sup>. Por ello, no existe ya obligación del juez de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el que le haya llegado una solicitud de ratificación de internamiento no voluntario urgente por parte de un responsable de un centro de internamiento. Sin embargo, como será expuesto en el epígrafe correspondiente a la función tuitiva del Ministerio Fiscal, este hecho no descarta la posibilidad de que el Fiscal pueda constituirse como parte. Si bien, supone una modificación importante en cuanto a la legitimación activa de los internamientos urgentes. Y es que, la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha modificado la práctica totalidad del Capítulo II *De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*, del Título I *De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores*, del Libro IV *De los procesos especiales*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se ha dejado atrás el artículo 763 LEC, que se

---

<sup>173</sup> CALAZA LÓPEZ, S., "El proceso de internamiento no voluntario...", *op. cit.*, p. 200.

<sup>174</sup> Los demás apartados del artículo 757 nada tienen que ver lo establecido por el anterior 757.3 LEC: "3. Cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión. 4. Las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el artículo 13".

inserta en dicho capítulo, manteniéndolo intacto y, por consiguiente, manteniendo vivas remisiones a otros preceptos del mismo que ya no son tales. De otra parte, hemos de mostrar nuestro desacuerdo con CERRADA MORENO cuando afirma, en relación con los internamientos urgentes, que *“toda vez que la LEC no especifica a quién corresponde llevar a cabo materialmente el internamiento, parece que en una situación de urgencia podría ser realizado por cualquiera, comunicándolo al tribunal competente (o mejor, como proponemos, al Ministerio Fiscal) a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo de veinticuatro horas, como establece el art. 763 LEC, del mismo modo que el art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite a cualquier persona proceder a la detención de otra en determinados supuestos”*<sup>175</sup>. Como decíamos, no podemos compartir esta opinión, la cual consideramos inconstitucional, ya que vulnera el derecho a la libertad personal sin autorización judicial y sin ley orgánica que dé soporte a tal actuación. Efectivamente, la LECrim prevé en su artículo 490 supuestos en los que una persona puede ser detenida por otra, pero, precisamente, establece un *numerus clausus* de supuestos en los que dicha detención puede acontecer y en el que no se encuentra la persona que sufre un trastorno que le impide decidir por sí mismo<sup>176</sup>. Distinto sería que el sujeto que sufre ese trastorno incurriera en uno de los supuestos del artículo 490 LECrim, en ese caso, y solo en ese caso, podrá cualquier ciudadano proceder a su detención, pero es que, en ese caso, esa detención se haría en el marco de un proceso penal y no ex artículo 763 LEC.

Así las cosas, en los internamientos urgentes no voluntarios por razón de trastornos psíquicos existe una obligación por parte, única y exclusivamente, del responsable del centro donde haya sido internada la persona en cuestión de solicitar su ratificación. Si bien, esto no lo constituye automáticamente como parte, sino como mero denunciante o comunicador de una situación de privación de libertad que ha de ser avalada judicialmente. Si quisiera ser parte procesal tendría que constituirse como tal a través de la personación. Todo ello, sin perjuicio, entendemos, de que posteriormente puedan sumarse al proceso ya abierto, en caso de que se proceda a tal ratificación, las personas legitimadas activamente para instar los internamientos ordinarios, que son las que veremos a continuación.

---

<sup>175</sup> Y continúa diciendo que *“por las razones anteriormente expuestas, habrá que entender que cuando cualquier persona obre así y ponga los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal y no directamente del Tribunal como indica la LEC, no estará tampoco cometiendo un delito de detención ilegal”*. CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 296.

<sup>176</sup> Según el artículo 490 LECrim, *“Cualquier persona puede detener: 1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2.º Al delincuente in fraganti. 3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía”*.

## 2.2. Internamientos no voluntarios ordinarios

En el caso de los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico en los que no haya urgencia, es decir, los conocidos como ordinarios, no viene establecido en el artículo 763 LEC quien puede iniciar la solicitud ante el juez para que la persona, que supuestamente padece una enfermedad mental que le impide decidir por sí mismo, sea internada. Puesto que el artículo 763 LEC se incardina, como acabamos de señalar, en el Capítulo de la LEC relativo a los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (anterior capítulo que trataba sobre los procesos sobre la capacidad de las personas), lo habitual es acudir al precepto que, dentro de este capítulo, trata sobre la legitimación. Sin embargo, también aquí hemos de advertir un antes y un después de la tan citada Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Si bien es cierto que tanto antes como después de la modificación que esta ley ha supuesto en la LEC el artículo relativo a la legitimación es el 757, no es menos cierto que su contenido ha cambiado. Antes de dicha modificación, remitirse al precepto 757 LEC, como decimos, era lo aceptado mayoritariamente<sup>177</sup>. De manera que, por analogía con el proceso de incapacitación, se hacía referencia a los apartados 1 y 2 de dicho precepto que disponían que “1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz. 2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado”. Entendemos que esta aplicación analógica no encuentra ninguna lógica que la sustente para el caso de los internamientos no voluntarios, sino más bien al contrario, confunde las disposiciones del proceso de internamiento y del anterior proceso de incapacitación, que eran procesos absolutamente independientes. De hecho, el anterior artículo 757 LEC se titulaba “Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad”, nada se mencionaba en el mismo sobre los internamientos no voluntarios<sup>178</sup>. Por su parte, el actual artículo 757 LEC

---

<sup>177</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA, A. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Centro de estudios Ramón Areces (CERA), 2002, p. 430; GIMENO SENDRA, V. y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil, vol. II, Los procesos especiales*, Colex, A Coruña, 2010, p. 264; CALAZA LÓPEZ, S., “El proceso de internamiento no voluntario...”, *op. cit.*, p. 198; SILLERO CROVETTO, B., “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, en LASARTE ÁLVAREZ, C. (coord.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 172; ARIAS GARCÍA, J. A., “Internamiento no voluntario...”, *op. cit.*, pp. 17 y 18; VICO FERNÁNDEZ, G., “Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, núm. 1, 2019, p. 54.

<sup>178</sup> En este sentido, señala SÁEZ GONZÁLEZ que “Es evidente que el legislador no ha redactado un artículo referido a la legitimación para los procesos de todo el Capítulo II, sino sólo para esos procesos. En

lleva por título “*Legitimación e intervención procesal*”, no especifica, por tanto, si es solo para los procesos de solicitud de medidas de apoyo a la discapacidad o si se pueden entender comprendidos los casos de internamientos no voluntarios. Sus apartados primero y segundo tienen un contenido muy semejante al anterior artículo 757 LEC<sup>179</sup> y el resto de sus apartados no hace referencia alguna a los supuestos del artículo 763 LEC. Si a ello le sumamos que la referencia que hace el artículo 763 al artículo 757 ha quedado vacía de contenido por haber sido eliminado el apartado 3, parece que emplear el artículo 757 LEC no es lo más apropiado<sup>180</sup>.

Por ello, a nuestro juicio, aplicar el artículo 757 LEC para determinar la legitimación, tanto antes como después de la Ley 8/2021, de 2 de junio, nos lleva, en ocasiones, al absurdo. Por ejemplo, detengámonos en la primera posibilidad de legitimación activa, que se refiere al “*presunto incapaz*”. Partiendo de la base de que la incapacitación y el internamiento no eran sinónimos, ni tenían que darse de manera conjunta, resulta, cuanto menos, paradójico que una persona que no tiene voluntad de ser internada tenga legitimación activa en el proceso de internamiento. Es decir, no creemos que atribuir legitimación activa a la persona que va a ser internada encuentre razón de ser, pues va en contra de la propia naturaleza del internamiento que, precisamente, se caracteriza por ser no voluntario. Si fuera voluntario, entendemos que ni siquiera sería necesario acudir al artículo 763 LEC para que se produzca, ya que dicho internamiento, al ser consentido, no precisaría de autorización judicial alguna para realizarse<sup>181</sup>.

---

*caso de haberlo pretendido habría redactado el enunciado de otra manera*”. SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos...*, op. cit., p. 163.

<sup>179</sup> Los dos primeros apartados del artículo 757 LEC disponen que “1. El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano. 2. El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa”.

<sup>180</sup> Volvemos a transcribir el actual apartado 3 del artículo 757 LEC, que establece que “*Cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión*”. Por lo que nada tiene que ver con la disposición anterior sobre la obligación de los funcionarios públicos de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de una posible causa de incapacitación. Por su parte, el apartado 4 prevén la posibilidad de intervención procesal, al establecer que “*Las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el artículo 13*”. El anterior apartado 5 del artículo 757 LEC, que regulaba la incapacitación en casos de prodigalidad, ha quedado suprimido, al haberse suprimido también esta institución.

<sup>181</sup> En este sentido, aclara BANACLOCHE PALAO que, “*los internamientos de los que trata este precepto son los ‘no voluntarios’, es decir, los que cuentan con la oposición del afectado o no permiten conocer si han sido conscientemente admitidos por éste. Estos son los únicos internamientos que requieren un control judicial. Cuando la privación de libertad que implica el internamiento ha sido decidida*

Por otro lado, consideramos que las posibilidades de solicitar el internamiento deberían ser más amplias que las que marca el artículo 757 y no ceñirse tan solo a familiares más cercanos y al Ministerio Fiscal. En esta misma línea, SÁEZ GONZÁLEZ plantea como más apropiado remitirnos al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Defiende este autor que, al ser los casos de internamientos casos de ingresos hospitalarios, aunque en centros adecuados o especializados al tratamiento a seguir, resulta, por ello, oportuno, atender a las disposiciones de la normativa sanitaria<sup>182</sup>. En lo que a ello atañe, como es sabido, la norma general consiste en que toda persona es libre de decidir si acepta o no un tratamiento tras recibir la información pertinente de manera clara y comprensible<sup>183</sup>. No obstante, cuando ese consentimiento no existe o no se puede prestar, el citado artículo 9 prevé el consentimiento por representación, bien del representante legal bien de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho a la persona que deba ser internada. Es decir, amplía los supuestos recogidos en el artículo 757 LEC.

También en la línea de ampliar esta legitimación se pronuncia la propuesta de reforma del artículo 763 LEC de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, del mes de mayo de 2016, que en su apartado 5 establece que: *“En caso de que el ingreso no tenga carácter urgente, cualquier familiar, allegado, guardador, apoderado o institución pública o privada entre cuyas competencias se encuentre la protección de personas vulnerables deberá dirigirse al Juzgado de 1ª Instancia o de Familia competente y solicitar la autorización de ingreso, acompañando en todo caso la indicación facultativa y demás documentos en que funde la solicitud”*. Esta propuesta va un paso más allá de lo regulado actualmente, pues permite que la solicitud venga iniciada incluso por instituciones, siempre y cuando quien la realice la acompañe del pertinente informe médico. Algo que podría acontecer en la actualidad, aunque no venga recogido en dicho precepto. Si bien, lo más común es que, en estos casos, se acuda a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la necesidad de internamiento, de

---

*voluntariamente por el afectado, nada tiene que decir el tribunal a ese respecto”*. BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., (dirs.), Civitas, 2001, p. 1288. Ahora bien, tal y como advierte SANTOS URBANEJA, *“estos casos no plantean problemas desde el punto de vista jurídico pues haciendo uso de la libertad se consiente en el tratamiento, pero, hablar de voluntariedad y consentimiento en relación con los deficientes o enfermos mentales es siempre cuestión delicada y comprometida. Es preciso valorar en cada caso la fiabilidad del consentimiento pues frecuentemente se detectan casos de `voluntades dirigidas por terceros´ que determinan manifestaciones de voluntad muy devaluadas”*. SANTOS URBANEJA, F., *“El ingreso psiquiátrico: problemas que plantea el ingreso involuntario”*, *Estudios del Ministerio Fiscal III*, 1995, p. 4.

<sup>182</sup> SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos...*, *op. cit.*, pp. 164-168.

<sup>183</sup> Esta norma general se encuentra recogida en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 41/2002, que establece que *“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”*.

modo que, cualquier persona de manera indirecta podría promover el internamiento no voluntario de otra, sin necesidad de lazos de parentesco y sin necesidad, tampoco, de constituirse como parte<sup>184</sup>.

No obstante, entendemos que la ampliación de legitimación debería extenderse, incluso, algo más. Hasta el momento hemos citado a familiares, a representantes legales y a instituciones, ya sean públicas o privadas, además de a los legitimados vía artículo 757 LEC. Pero ¿qué ocurriría en el supuesto de que en una comunidad de vecinos una persona que vive sola padeciese un trastorno psíquico que impidiera una convivencia pacífica? Como no puede ser de otra manera, cualquier vecino que lo estimase necesario podría poner en conocimiento del juez o del fiscal dicha situación para informarles de su gravedad<sup>185</sup>. En este sentido, compartimos la opinión de GONZÁLEZ GRANDA cuando afirma que *“ha de entenderse que cualquier persona puede poner en conocimiento del Juez –en forma escrita o por simple comparecencia ante el Ministerio Fiscal o ante el mismo Juzgado– la situación fáctica de una persona que requiere internamiento, alegando las razones que motivan su petición. Pretender restringir dicha posibilidad de solicitud de internamiento sólo a aquellos que tienen legitimación para promover el proceso de incapacitación resulta inadecuado por cuanto tal paralelismo carece de justificación, habida cuenta de que no*

---

<sup>184</sup> Así lo entiende CERRADA MORENO cuando afirma que, *“en puridad, lo más correcto sería aplicar por analogía el art. 757.3 LEC, según el cual “cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación”, de modo que sea el Ministerio Fiscal quien a la menor brevedad proceda a formalizar la solicitud, lográndose así también una mayor rapidez en la resolución del proceso al poner en su conocimiento directamente los hechos, sin pasar previamente por el Juez, dado que de todos modos, el Ministerio Fiscal tiene que ser oído en el procedimiento, como impone el art. 763.3 LEC”*. CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 296. En este punto conviene remarcar que el anterior artículo 757.3 LEC ha sido eliminado, por lo que, actualmente, podría sostenerse esta opinión con base en la función tuitiva que caracteriza al Ministerio Fiscal, pero no en dicho precepto.

<sup>185</sup> En lo que a ello respecta, APARICIO AUÑÓN entiende que cualquier persona puede solicitar la autorización, como sucede en la práctica, pues la LEC no especifica el tipo de interés legítimo que deba acreditarse. Además, señala este autor que no sería necesario para presentar dicha solicitud la forma de demanda de juicio verbal, pues tal exigencia no es compatible con el objeto de la tutela, ni con la naturaleza del procedimiento. Añade que tampoco el solicitante tiene que ir acompañado de abogado y procurador en este trámite procesal. APARICIO AUÑÓN, E., en LORCA NAVARRETE, A. M., (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Lex Nova, 2000, p. 4041.

En este mismo sentido, SANTOS MORÓN afirma que *“aunque la LEC no contempla expresamente la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de las circunstancias que aconsejan el internamiento de un tercero debe reconocerse tal facultad de denuncia. De otro modo quedarían desprotegidas las personas afectadas por trastornos psíquicos que, no estando incapacitadas, carecen de parientes o personas que las atiendan, e igualmente, aquellos cuyos parientes u órganos tutelares no actúan diligentemente. En tales casos debe admitirse la facultad de cualquier interesado: v. gr. los servicios sociales del municipio en que habiten o los médicos que los traten, de poner tales hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que éste promueva el procedimiento dirigido a comprobar si es necesario el internamiento de aquellos”*. SANTOS MORÓN, M. J., *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 91.

*hablamos aquí propiamente de legitimación ni de proceso propiamente jurisdiccional. Resulta evidente –y esto es lo importante– que cualquier persona que tenga conocimiento de unos hechos que a su juicio constituyan una situación de riesgo derivada del padecimiento psíquico de un sujeto, está facultada para hacer llegar tal situación al Juzgado o al Ministerio Fiscal para que se proceda a los efectos oportunos”*<sup>186</sup>.

Por último, cabe preguntarse si los jueces pueden acordar de oficio un internamiento involuntario, cuestión sobre la que nada dice el artículo 763 LEC. Obviamente, en este caso no estaríamos hablando de una parte activa en el proceso de internamiento, sino de si existe la posibilidad de que el juez sea quien lo promueva sin que nadie se lo requiera. En caso de que el internamiento no sea urgente, quizás, lo más prudente sea que quien actúe de oficio sea el Ministerio Fiscal, con el fin de garantizar la imparcialidad judicial. Por lo que debería poner el juez en conocimiento de este órgano la situación en concreto para que decidiera si iniciar o no la solicitud. Por otro lado, si el internamiento no puede esperar, creemos que nada impide que sea el juez quien lo acuerde de oficio, si, por ejemplo, en su presencia una persona mostrase signos de padecer un trastorno psíquico y de requerir dicho internamiento de manera inmediata<sup>187</sup>.

Tras lo expuesto, podemos concluir afirmando que la posibilidad de poner en conocimiento del órgano judicial una situación que puede requerir de un internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico sin que se trate de un caso urgente, es mucho más amplia que en los procesos que revisten urgencia, es decir, cuando primero se procede al internamiento y luego a la petición de ratificación. Pero no debemos confundir esta posibilidad con el hecho de que la persona que comunica dicha información se constituya en parte. Ahora bien, sí que entendemos que todas las personas a las que hemos hecho referencia en este apartado tendrían legitimación para hacerlo al concurrir en ellas los requisitos de legitimación ordinaria (cualquiera que se vea afectado directamente por las consecuencias de los actos que lleve a cabo la persona que sufre un trastorno mental: familiares, vecinos, compañeros de trabajo, etc.) o los requisitos de la

---

<sup>186</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., *Propuestas de mejora en el marco jurídico-social de protección del discapacitado psíquico por enfermedad mental*, FEAFES, 2008, p. 103.

<sup>187</sup> En este mismo sentido se manifiesta GONZÁLEZ GRANDA al afirmar que “El Juez también podrá actuar de oficio, poniendo los hechos en conocimiento del MF de forma inmediata. Negar dicha posibilidad sería una incongruencia, teniendo en cuenta que el Juez sí puede, por expreso mandato legal, acordar el internamiento como medida de seguridad dentro del procedimiento de incapacitación”. GONZÁLEZ GRANDA, P., *Propuestas de mejora en el marco jurídico-social...*, ob. cit., p. 103. Igualmente, SÁEZ GONZÁLEZ, asevera que “El juez no aparece mencionado dentro de las personas que hemos mencionado para internar motu proprio a una persona en supuestos no urgentes, si en el transcurso de un procedimiento percibe que uno de los sujetos que participan en el mismo puede precisar un internamiento no puede hacerlo directamente, sino que debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. [...] Distinto es que en presencia judicial una persona caiga en un estado de trastorno que requiera urgentemente su ingreso. En estos casos el internamiento puede ordenarse ex officio, lo que no exime del procedimiento que a la postre pueda ratificar la decisión”. SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos...*, ob. cit., p. 169.

legitimación derivada del interés general (instituciones públicas o privadas, fiscales y jueces).

### 3. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO AUÑÓN, E., en LORCA NAVARRETE, A. M., (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Lex Nova, 2000.
- ARIAS GARCÍA, J. A., "Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", *Boletín núm.* 2016.
- BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., (dirs.), Civitas, Madrid, 2001.
- CALAZA LÓPEZ, S., "El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007.
- CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA, A. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Centro de estudios Ramón Areces (CERA), 2002.
- GIMENO SENDRA, V. y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil, vol. II, Los procesos especiales*, Colex, A Coruña, 2010.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., *Propuestas de mejora en el marco jurídico-social de protección del discapacitado psíquico por enfermedad mental*, FEAFES, 2008.
- MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Bosh, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ LÁINZ, J. L., "El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional", *Diario La Ley*, núm. 8763, 2016.
- SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico*, Tecnos, Madrid, 2015.
- SANTOS MORÓN, M. J., *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SANTOS URBANEJA, F., "El ingreso psiquiátrico: problemas que plantea el ingreso involuntario", *Estudios del Ministerio Fiscal III*, 1995.
- SILLERO CROVETTO, B., "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", en LASARTE ÁLVAREZ, C. (coord.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.
- VICO FERNÁNDEZ, G., "Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, núm. 1, 2019.

## EL PLEITO TESTIGO: CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE SU REGULACIÓN EN EL PROCESO CIVIL<sup>188</sup>

María Lourdes NOYA FERREIRO  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidade de Santiago de Compostela

### 1. INTRODUCCIÓN

No es ninguna novedad que en los medios de comunicación y en el ámbito jurídico se hagan continuas referencias al retraso en la Administración de Justicia y a la inoperancia de una justicia tardía que, evidentemente incide en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Son muchas las modificaciones legislativas que se han abordado en un intento de agilizar la tramitación procesal, recortando plazos y regulando los procedimientos judiciales de forma más sencilla y con tramitaciones más ágiles<sup>189</sup>. Lejos están ya las reformas que han dado lugar a la regulación del procedimiento abreviado en el proceso penal, o las modificaciones incorporadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, al introducir la oralidad en la tramitación de los procedimientos ordinarios y especiales, perseguía también una justicia más ágil y eficaz.

Parece que una finalidad similar persigue alguna de las regulaciones que ahora se incorporan al Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. El citado Real Decreto trae causa del antiguo Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal (PLMEP), aprobado por el gobierno, e introducido en el Congreso de los Diputados en el mes de abril de 2022, proyecto que quedó pendiente como consecuencia de la convocatoria de elecciones generales y la consiguiente disolución de las cámaras.

Lo primero que ha de expresarse es el total rechazo a que sea un Real Decreto la forma en la que se ha de abordar este plan tan ambicioso como es, según reza el propio título, *“la Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio*

---

<sup>188</sup> Este trabajo ha sido publicado en la obra CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Coords.), *El nuevo procedimiento testigo y extensión de efectos*, editorial La Ley Soluciones legales S.A., Madrid, 2024, pp. 259-278. ISBN 978-84-19905-48-2.

<sup>189</sup> Sobre las numerosas reformas legales que persiguen una justicia más rápida se pronuncia BARONA VILAR en unas consideraciones totalmente compartidas. Señala la autora que *“son muchas las coordenadas que han influido —y lo están haciendo— en esa transformación del modelo procesal. Experimentamos una obsesión patológica por reformar las leyes, tratando de adaptar un instrumento garantista en un instrumento efectista, un instrumento de acceso a la justicia de los ciudadanos, en un medio de solventar en tiempo real las disputas de los consumidores, quienes han ido sustituyendo a los ciudadanos como sujetos de protección”*. V. BARONA VILAR, S., *“El proceso civil y penal ¿líquido? en el siglo XXI”*, en *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 22.

*público de justicia*"<sup>190</sup>. Además, resulta sorprendente que la transformación del sistema de justicia se aborde en una norma en la que también se regulan otros servicios públicos como son la función pública, y el régimen local, con la disparidad de principios que informan unos y otros. Sin querer restar importancia a estos dos servicios públicos, lo cierto y evidente es que el sistema de justicia supone un pilar básico del Estado de Derecho, en el que imperan un sistema de garantías, principios y derechos fundamentales que lo convierten en el fundamento de una justicia propia de un sistema democrático. En palabras del Tribunal Constitucional *"la actividad jurisdiccional no representa solamente la materialización de un servicio público, sino la expresión de un Poder del Estado y, en lo que ahora importa resaltar, el instrumento para la satisfacción de un derecho fundamental"*<sup>191</sup>. Por si esto no fuera poco, se introduce también la regulación del mecenazgo, que nada tiene que ver con lo anterior. No estaría de más que la transformación y modificación de este sistema esencial en un Estado de Derecho se lleve a cabo con un análisis y un debate detenido sobre la mejor forma de realizar estas modificaciones, lo que supondría, cuando menos, darle la importancia que merece<sup>192</sup>.

Pero centrándonos ahora en el objeto de este trabajo, y retomando las reformas que pretende dar más agilidad y eficacia al proceso civil, la propia Exposición de Motivos alude expresamente a *"la necesidad de introducir los mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para hacer frente al incremento de la litigiosidad, y para recuperar el pulso de la actividad judicial, al compás de la recuperación económica y social tras la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19; así como las reformas correspondientes en las leyes procesales como medidas de agilización de los procedimientos en los distintos órdenes jurisdiccionales"*.

Precisamente, a esta necesidad de agilizar la tramitación procesal, ofreciendo una rápida respuesta a los ciudadanos en su demanda de justicia, responde la nueva propuesta de regulación del conocido como *"procedimiento testigo"* y su incorporación al proceso civil. En este sentido cabe señalar, que la regulación que se lleva a cabo en el Real Decreto-Ley es exactamente la misma que en su día se propuso en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal. Llama la atención que no se hayan atendido algunas de las recomendaciones que la doctrina había hecho para mejorar el texto.

La utilización del mecanismo del pleito testigo para responder a la litigiosidad masiva no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley de la Jurisdicción

---

<sup>190</sup> Es preciso destacar que en la Exposición de Motivos se justifica la utilización de este modelo normativo, lo que evidencia las dudas que planean sobre que este tipo de norma sea el instrumento más adecuado para la regulación de modificaciones tan importantes en las Leyes procesales.

<sup>191</sup> STC (Pleno) 140/2016, de 21 de julio, entre otras.

<sup>192</sup> En este sentido hay que precisar que en la Exposición de Motivos del Real-Decreto Ley se dedican únicamente un apartado por cada una de las leyes modificadas, la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Ley de Proceso Laboral y Ley de Jurisdicción Voluntaria, lo que teniendo en cuenta la transformación que se pretende es una clara muestra de la escasa transcendencia que se le ha dado a estas modificaciones.

Contencioso Administrativo ya lo contempla en el artículo 37.2, diseñando su procedimiento en relación con la extensión de efectos de la sentencia en los artículos 110 y 111.

Los problemas ocasionados en el proceso administrativo como consecuencia de los actos de la Administración que afectaban a un número indeterminado de personas, que se encontraban en una misma situación jurídica respecto al acto administrativo dictado, provocaron, en su momento, la regulación del pleito testigo en el proceso administrativo y la extensión de efectos de la sentencia. Una situación similar se produce en los últimos años en el proceso civil, como consecuencia fundamentalmente de la contratación celebrada con instituciones bancarias en la que se introducen cláusulas de dudosa legalidad que afectan gravemente a los consumidores. Resultado de ello ha sido la interposición en nuestros juzgados de un sinnúmero de demandas en las que se alega la inserción de cláusulas abusivas en los contratos.

En este tipo de contratos los ciudadanos se adhieren a unos modelos ya establecidos bajo unas condiciones generales de la contratación, cuyos efectos, en muchos casos, eran prácticamente desconocidos por los contratantes adheridos. La regulación de la acción de cesación y de la conexidad de las acciones individuales, dando lugar a las demandas colectivas previstas en los artículos 11 y concordantes de la Ley procesal civil, no ha resultado tan satisfactoria como se esperaba, provocando un aluvión de demandas individuales que determinaron que la Comisión Permanente del CGPJ en mayo de 2017, haya acordado la especialización de determinados juzgados con competencia territorial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 98.2 LOPJ<sup>193</sup>.

El poco éxito de la vía de las acciones colectivas prevista en la ley procesal civil se ha debido principalmente a la posibilidad del ejercicio de la acción individual de nulidad, en la que entran en juego las condiciones particulares de la contratación, para determinar la nulidad<sup>194</sup>. Cuando el actor de la acción individual puede acceder a la petición de tutela y puede demostrar que no tenía constancia de la trascendencia jurídica y económica de la cláusula y de su incidencia en la ejecución del contrato, alegando las condiciones particulares que rodeaban su relación con la entidad, se pone en riesgo la litigación colectiva<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Vid. más ampliamente sobre esta cuestión ORTELLS RAMOS, M., "Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa", *Revista General de Derecho Procesal*, número 54, 2021, pp. 3 y ss.

<sup>194</sup> Posiblemente sea ésta la causa principal de que el procedimiento testigo se pueda aplicar cuando no es necesario realizar un control de transparencia de las cláusulas o examinar los vicios del consentimiento.

<sup>195</sup> Vid. SCHUMANN BARRAGAN, G., "Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva. La eficiencia y los límites negativos a la libertad del legislador procesal civil", en PEREIRA PUIGVERT, S. y PESQUEIRA ZAMORA, M. J. (dirs.), *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 333.

Con la propuesta de regulación del pleito testigo se facilita la tramitación de esta litigación en masa, al permitir tramitar uno de los pleitos con carácter preferente, suspendiendo los demás.

En la línea apuntada anteriormente, el Real Decreto-Ley 6/2023 (196), hace referencia expresa a “(...) *la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público*”. En el texto aprobado se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, introduciendo el artículo 438 bis, en el que se regula el pleito testigo para aquellas demandas referidas al ejercicio de acciones individuales relativas a las condiciones generales de contratación, en los casos previstos en la legislación sobre esta materia. Su aplicación se podrá llevar a cabo siempre que no sea necesario realizar un control de transparencia de las cláusulas, y en aquellos casos en los que tampoco haya que valorar la concurrencia de vicios en el consentimiento<sup>197</sup>.

Una de las primeras cuestiones que merecen una breve reflexión, no por la simplicidad del tema, sino por evidentes razones de espacio en un artículo que se inserta en una obra colectiva, es la relativa a la incidencia de esta regulación en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, incidencia más significativa cuando se trata de aplicar esta institución en un proceso civil regido por el principio dispositivo, que condiciona todas las actuaciones procesales<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2023 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el pasado 20 de diciembre.

<sup>197</sup> Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Artículo 438 bis Procedimiento testigo. “1. *En el caso de las demandas referidas en el artículo 250.1.14º, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado primero del artículo 438.1, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia procederá a dar cuenta al tribunal, con carácter previo a la admisión de la demanda, cuando considere que la misma incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes, que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de contratación cuestionadas tienen identidad sustancial.*

*La parte actora y la demandada podrán solicitar en su escrito de demanda y contestación, que el procedimiento se sustancie por los cauces establecidos en el presente artículo siempre que concurran los presupuestos señalados en el párrafo anterior”.*

<sup>198</sup> Cabe precisar que el proceso civil se diseña partiendo del carácter privado de la relación jurídica que se discute, lo que otorga a las partes un amplio poder de disposición. Pero este diseño del proceso civil deriva de unos principios y una ideología imperante en la época en que se regula, y en función de ello se establecen las bases técnicas y jurídicas a las que responde el proceso civil regido por el principio dispositivo.

*Vid. más ampliamente sobre esta cuestión MONTERO AROCA, J., “Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución”, Justicia, 1982, núm. 6; SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Liberalización y socialización del proceso civil”, RIDP, 1972, núm. 2 y 3; NOYA FERREIRO, M. L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 22 y ss.; PÉREA GONZÁLEZ, A., “Hacer generalidad de la singularidad: pleito testigo y extensión de efectos ¿Una nueva tutela del conflicto privado?”, *Diario La Ley*, núm. 9676, 7 de julio de 2020.*

No puede perderse de vista que el proceso es una de las vías por la que se ejerce el derecho a la tutela judicial efectiva, y su configuración por el legislador incide decisivamente sobre el ejercicio de este derecho fundamental.

Regular nuevas instituciones en función de perseguir un sistema de justicia más eficiente, puede requerir una reforma del actual modelo de proceso, lo que exigirá, desde luego, un análisis serio y profundo de los principios que lo informan. Sería conveniente que la introducción de nuevos instrumentos con el fin de facilitar la tramitación procesal y obtener una justicia más rápida, fuera acompañada de una reflexión sobre la necesidad de cambiar el modelo de proceso civil y los principios que la informan. No se quiere defender con ello la necesidad de este cambio, pero sí que las reformas que están introduciendo requieren un nuevo planteamiento global, sin que se puedan abordar con parches que desvirtúan el diseño del proceso civil actual<sup>199</sup>.

La constante exigencia de rapidez, celeridad y simplicidad procedimental en la Administración de Justicia y en la práctica de los tribunales, provoca una visión distorsionada del derecho en juego, que no es otro que el derecho de acceso a los tribunales y a una resolución, fundamentada en Derecho, que se pronuncie sobre el fondo. En esta búsqueda de una rápida respuesta no puede ponerse en riesgo un derecho de tanta importancia. Realmente, ¿las propuestas de una tramitación más ágil van a desembocar en una justicia más “justa” y con plenas garantías, que ampare el derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva? Es esta una cuestión que merece un tratamiento más detenido y con más profundidad de la que en este estudio se puede abordar, sin embargo, no puede dejar de hacerse una reflexión, aunque sea breve.

Aunque la pronta resolución de sus litigios será desde luego bienvenida por los litigantes y por los operadores jurídicos en general, lo cierto es que en esta carrera no puede perderse de vista que nuestros tribunales deciden sobre las pretensiones de los ciudadanos en el marco de su derecho a la tutela judicial efectiva. La propia naturaleza de este derecho requiere una adecuada participación de las partes en el proceso, y una tramitación del proceso con todas las garantías<sup>200</sup>, lo que, en algunas ocasiones, puede implicar una cierta demora

---

<sup>199</sup> Sobre el cambio de modelo en el sistema de justicia *vid.* BARONA VILAR, S., “Proceso civil y penal ¿líquido? En siglo XXI”, en *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 20-61. CALAZA LÓPEZ, S., “Tutela global del derecho privado en un contexto de justicia sostenible”, en ASENCIO MELLADO, J. M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (dirs.), *Proceso y daños. Perspectiva de la Justicia en la sociedad del riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 87 y ss.; MARTÍN DIZ, F., “Del derecho a la tutela judicial efectiva. Hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2014, número 23, pp. 161-176; SCHUMANN BARRAGAN, G., “Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva...”, *op. cit.*, p. 341.

<sup>200</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Nuevos y renovados instrumentos para la litigación masiva”, en ASENCIO MELLADO, J. M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (dirs.), *Proceso y daños. Perspectiva de la Justicia en la sociedad del riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 228.

en las actuaciones, sin que ello suponga ningún retraso injustificado, sino la estricta observancia del derecho al proceso debido.

No cabe duda de que los dos instrumentos procesales regulados en el Real Decreto-Ley para facilitar la tramitación procedimental (pleito testigo y extensión de efectos de la sentencia), inciden en el citado derecho, consagrado como derecho fundamental en el artículo 24.1 CE. Pero también afecta a otros derechos fundamentales de naturaleza procesal, lo que puede poner en duda su regulación en el seno del proceso civil, llegando incluso a cuestionarla constitucionalmente, y mucho más cuando estas modificaciones se introducen por este tipo de norma.

Una primera limitación del derecho regulado en el artículo 24.1 CE, es la suspensión de la tramitación del pleito no considerado preferente. El derecho de acceso a la justicia se suspende, incluso antes de admitir a trámite la demanda, lo que genera una limitación de un derecho fundamental no contemplada en una ley orgánica, sino en un Real Decreto-Ley. Pero además, esta limitación debe ser contemplada desde el juicio de la proporcionalidad, que exige toda restricción del ejercicio de derechos fundamentales. En este caso, en la valoración judicial de la proporcionalidad ha de tomarse en consideración la posible duración de la suspensión, o la espera que deberá soportar el demandante del pleito suspendido para obtener una respuesta a su petición de tutela, a través de la aplicación de los efectos de la resolución del pleito testigo. Y en esta valoración, tal y como exige el juicio de proporcionalidad habrá que ponderar los intereses en conflicto, de un lado el interés del ciudadano en la defensa de su derecho a través de la tutela judicial, y de otro, el interés del Estado en dar una rápida respuesta evitando la sobrecarga de los tribunales en aras de un servicio público de justicia más eficiente<sup>201</sup>.

Conforme a ello, puede ponerse en duda la obligación de suspensión que se impone al juzgador en la regulación del pleito testigo, al impedirse de este modo el juicio de proporcionalidad que impera en toda limitación de derechos fundamentales. Debería primar el análisis, aunque sea inicial, de la pretensión recogida en el pleito iniciado antes de acordar su paralización, lo que exigiría la admisión a trámite de la demanda y una audiencia a las partes.

Reiterada jurisprudencia constitucional, desde la STC 13/1981, de 13 abril, considera que forman parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia de fondo jurídicamente fundamentada, y el derecho a la ejecución de la sentencia. Todos ellos se enmarcan, o despliegan su eficacia en el marco del proceso debido, o del proceso con todas las garantías. En este marco, cobra especial relevancia el principio de contradicción, en el que se integran el derecho de audiencia y el derecho de defensa.

---

<sup>201</sup> Vid. SCHUMANN BARRAGAN, G., "Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva...", *op. cit.*, p. 343.

Partiendo de estas premisas indiscutibles, la pregunta que cabe plantearse se centra en determinar hasta qué punto la regulación de instituciones como las referidas ponen en peligro este derecho de audiencia y de defensa, y, por tanto, en definitiva, el principio de contradicción que inspira el proceso al que se hace referencia en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>202</sup>.

En este contexto, y en un proceso civil regido por los principios dispositivo y de aportación de parte, cabe también cuestionar el alcance de la cosa juzgada material a las partes que no han intervenido en el desarrollo del proceso y que, por tanto, no han podido desarrollar los actos procesales vinculados a los citados principios, ni ejercer el derecho de defensa, y mucho más si se tiene en cuenta las condiciones que se imponen para la posible continuación del proceso, una vez dictada sentencia firme en el proceso preferente<sup>203</sup>.

Otro de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados por la regulación del pleito testigo en el proceso civil, es el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Resulta evidente que al tramitar uno de los procesos como preferente, suspendiendo la tramitación de los demás, se impide a los demandantes, y también a los demandados de los pleitos suspendidos ejercer su derecho a la prueba<sup>204</sup>. ¿Hasta qué punto puede limitarse este derecho fundamental alegando como justificación la rapidez procedimental? Pese a que el tribunal parte de una misma situación fáctica, los hechos son coincidentes, y se reclama igualmente una misma respuesta jurídica, lo que, en principio puede dar lugar a la identidad de la pretensión, no puede olvidar el legislador que la relación jurídico procesal que se entabla en un proceso civil tiene características particulares y propias, y que el desarrollo de los derechos y principios procesales durante su tramitación pueden provocar resultados diferentes. Tal y como ya se ha apuntado, el proceso civil se rige por los principios dispositivo y de aportación de parte, que inciden en la disponibilidad del objeto del proceso, en la introducción de los hechos y en la aportación de las pruebas. El diseño de cada pretensión y de cada petición de tutela corresponde a cada uno de los litigantes, y también es facultad de cada uno la aportación del material probatorio que sirva para acreditar la pretensión<sup>205</sup>. La prueba propuesta por las partes, en cada uno de los procesos, no tiene por qué resultar coincidente, y, precisamente la proposición y práctica de la prueba va a resultar determinante de la valoración del juzgador. Además, concurren en el proceso civil instituciones como el reconocimiento de hechos y la libertad de pactos entre las partes, que

---

<sup>202</sup> Vid. DIAZ CABIALE, J.A., "El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos se enjuician los mismos hechos", *Práctica de Tribunales*, número 138, Mayo-Junio 2019, pp. 5 y ss.

<sup>203</sup> SCHUMANN BARRAGAN, G., "Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial...", *op. cit.*, p. 346.

<sup>204</sup> ORTELLS RAMOS, M., "Proceso colectivo, procesos en serie...", *op. cit.*, p. 42.

<sup>205</sup> Vid. en este sentido PÉREA GONZÁLEZ, A., "Hacer generalidad de la singularidad...", *op. cit.*, p. 5.

pueden afectar al objeto del proceso en uno de los litigios, sin que, en ningún caso, puedan trasladarse a un proceso distinto.

En la regulación de este instrumento procesal, se parte de la práctica de la prueba propuesta por los litigantes de uno de los procesos, para realizar una valoración probatoria y un análisis jurídico que va a afectar a litigantes de otros procesos, que se ven privados del ejercicio de derechos fundamentales básicos para la tutela judicial efectiva, lesionándose también el principio de igualdad de armas. Esta posible injerencia en derechos fundamentales de contenido procesal sobre los que se construye el proceso merece alguna reflexión a la hora de regular el procedimiento y los efectos de estas instituciones. La ausencia de audiencia a las partes en esta fase inicial en la que se acuerda la suspensión del procedimiento, y la falta de previsión de su posible intervención en la tramitación del proceso preferente, coloca a los demandantes de los pleitos suspendidos en una situación de desigualdad que limita considerablemente su derecho de tutela judicial.

## 2. AMBITO DE APLICACIÓN

Partiendo de la regulación recogida en el Real Decreto-Ley, la aplicación de la regulación del pleito testigo en el proceso civil se limita a las demandas relativas al ejercicio de las condiciones generales de la contratación, cuya tramitación por el juicio verbal se incorpora al artículo 250.1.14<sup>206</sup>. A esta restricción, fundamentada en el objeto del proceso, se añaden dos limitaciones más. En atención a la primera de ellas, se podrá acudir a la regulación prevista para este tipo de procedimiento, en aquellos casos en los que no sea necesario realizar un control de transparencia de las cláusulas. Y, además, teniendo en cuenta la segunda, la tramitación de uno de los pleitos como preferente sólo podrá acordarse cuando no sea preciso valorar la concurrencia de vicios en el consentimiento.

Esta limitación en la aplicación del proceso testigo prevista para su regulación en el proceso civil, había propiciado la crítica del CGPJ en su informe al antiguo Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal, al apuntar que dichas condiciones reducirán mucho la efectividad y eficacia de la nueva regulación<sup>207</sup>. Consideraba el Consejo que *“el juego de la excepción relativa al control de transparencia hará inaplicable el procedimiento testigo en la medida en que dicho control sea exigible siempre y en todo caso. Y aunque no se llegue a considerar tal grado de exigencia, la realidad demuestra que en la mayor parte de los casos la controversia versa sobre cláusulas que definen el objeto principal del contrato, y el control de transparencia es previo al de abusividad, por lo que la eficacia de esta medida puede ser más aparente que real”*<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> El ámbito de aplicación del juicio verbal también se modifica en el Real Decreto, adicionando este tipo de demandas.

<sup>207</sup> Vid. sobre esta cuestión ACHÓN BRUÑÉN, M. J., “Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al «pleito testigo» en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas”, *La Ley Digital*, 1225, 2020, p. 5.

<sup>208</sup> Vid. Informe de 22 de julio de 2021, sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de justicia.

Presupuesto de aplicación de la institución, es la concurrencia de varios pleitos con pretensiones sustancialmente coincidentes y que se estén tramitando ante un mismo tribunal<sup>209</sup>. En esta situación, el tribunal, una vez examinado el asunto, podrán adoptar alguna de estas decisiones: la suspensión del procedimiento no preferente, resolución que revestirá la forma de auto, debiendo el juzgador fundamentar las razones que le llevan a suspender el procedimiento; o, dictar providencia decidiendo su continuación.

Sin embargo, carece el texto legal de precisión alguna sobre el número de procedimientos a partir del cual se puede considerar que procede la aplicación del instrumento regulado, al considerarse sumamente numerosos los pleitos sobre los que se aprecia identidad jurídica. Será por tanto el tribunal el que deberá determinar en qué casos procede acudir al pleito testigo ante la identidad de pretensiones interpuestas con la misma base fáctica<sup>210</sup>. Esta tarea reviste una especial relevancia debido a los efectos derivados de la tramitación preferente, que supondrá la paralización de muchos de los pleitos iniciados, y como ya se ha indicado, la restricción del derecho de los ciudadanos de acceso a los tribunales. Tampoco se precisan los elementos o los parámetros que han de tenerse en cuenta para la elección del pleito tramitado como preferente. Por ello, partiendo de que la elección de uno de los pleitos como preferente determina necesariamente la paralización de los demás, uno de los posibles criterios para su elección es el temporal, atendiendo al momento de interposición de la demanda. No obstante, este no ha de ser el único criterio, ya que la fundamentación fáctica y jurídica de cada uno de los pleitos, y los elementos probatorios aportados con las demandas, pueden resultar determinantes al proporcionar más información y pautas de valoración al juzgador.

Una cuestión que cabe resaltar de la regulación, por el interés que conlleva, es la relativa a la dicción literal del artículo 438 bis en su segundo apartado. Establece el precepto “(...) *Dada cuenta y examinado el asunto, el tribunal dictará auto acordando la suspensión del curso de las actuaciones hasta que se dicte sentencia firme en el procedimiento identificado como testigo o, en su caso, dictará providencia acordando seguir con la tramitación del procedimiento*”. No cabe duda de que con esta redacción lo que se está en realidad regulando es una posible ampliación de la suspensión de pleitos ya acordada con anterioridad. Esto es, que la elección del pleito testigo ya ha sido decidida cuando se interpone esta nueva demanda cuya suspensión se pretende. Como ya se ha señalado con anterioridad, la redacción del precepto es muy mejorable.

---

<sup>209</sup> Sobre la identidad de las pretensiones en el proceso civil, es preciso tener en cuenta la dificultad de determinarla, al derivar de relaciones jurídicas privadas, y de una configuración del negocio jurídico que puede parecer coincidente, pero en el que se identifican elementos y circunstancias particulares que configuran el conflicto de forma singular. *Vid.* sobre esta cuestión PÉREA GONZÁLEZ, A., “Hacer generalidad de la singularidad...”, *op. cit.*, pp. 1 y 5.

<sup>210</sup> CALAZA LÓPEZ, S., “Tutela global del derecho privado en un contexto de justicia sostenible...”, *op. cit.*, p. 94.

Lo que resulta determinante para la puesta en marcha de la institución es la existencia de identidad objetiva, que en uno y otro caso las pretensiones interpuestas coincidan sustancialmente. Ha de tratarse de pretensiones de la misma naturaleza, con la misma fundamentación jurídica. Lo que subyace en el fondo es que la cuestión jurídica que se recoge en la pretensión, y que se formula al tribunal, es igual en cada una de las demandas interpuestas. Lo que determina que se opte por la aplicación del pleito testigo, es que, en todos los casos, la cuestión jurídica planteada al tribunal es la misma, y toma como referencia hechos análogos que no se cuestionan<sup>211</sup>. La regulación de esta institución en el proceso civil ya viene delimitada por su ámbito de aplicación previsto en el artículo 250.1.14 LEC.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado ya sobre dicha identidad con ocasión de la extensión de efectos de las sentencias dictadas en el proceso administrativo. A tal efecto, la jurisprudencia del alto Tribunal exige que las situaciones jurídicas en las que se pretende la extensión de los efectos de la sentencia y la que ha sido objeto del proceso “(...) sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas (...) la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, pues lo único que estamos haciendo es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente, en su apartado 1 a) se establece: que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas”<sup>212</sup>.

También el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con la aplicación del pleito testigo en el proceso administrativo, ha señalado expresamente respecto a la interpretación del presupuesto de la identidad de objetos que “(...) Son candidatos idóneos para la aplicación de este mecanismo de simplificación procesal aquellos litigios en que la cuestión verse acerca de un aspecto jurídico en sentido estricto, y la controversia acerca de los hechos sea nula”<sup>213</sup>. No encajaría en la aplicación de esta previsión del artículo 37.2 LJCA, los procesos en los que haya que proceder a la interpretación de algún hecho en función de la actividad probatoria de las partes, o en los que sea necesario valorar las circunstancias concretas de cada caso.

Salvando las diferencias entre el proceso administrativo y el proceso civil, y la distinta situación de la que se parte en la aplicación del proceso testigo, lo cierto es que la interpretación sobre la identidad de la pretensión debe ser coincidente.

---

<sup>211</sup> Vid. sobre esta cuestión, aunque en relación con la aplicación del pleito testigo al proceso administrativo, ya se había pronunciado la doctrina, *vid.* en este sentido, CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E., “Extensión de los efectos de la sentencia en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, p. 616; DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Extensión de efectos y pleito testigo en la jurisdicción administrativa*, Civitas, Madrid, 2016, p. 128; GASCON INCHAUSTI, F., “Suspensión del proceso, tramitación preferente...”, *op. cit.*, p. 69.

<sup>212</sup> Vid. SSTs de 22 de febrero de 2016, 14 de septiembre de 2012, 26 enero 2007, 26 de octubre de 2007, 12 de julio de 2006, 12 de enero de 2004 entre otras.

<sup>213</sup> STSJ de Andalucía de 7 de marzo de 2000.

En el proceso administrativo resulta más sencillo al verse afectado un número de personas que pretenden una misma respuesta jurídica relacionada con la aplicación de una norma, el problema jurídico es el mismo. En el caso del proceso civil, como ya se indicó anteriormente, esta identidad objetiva puede ser más compleja dada la relación jurídico-privada que subyace. Sin embargo, lo que no ofrece duda es que, en uno y otro caso, no cabe un análisis particular de los hechos, o una actividad probatoria de las partes para determinar la identidad de las pretensiones. En estos casos resultará inviable la utilización del pleito testigo. Por tanto, la identidad jurídica ha de comprobarse en la fase inicial de la tramitación, sin necesidad de valoraciones complejas del tribunal, o de una interpretación de las pretensiones. Esa identidad ha de resultar patente y notoria. Del examen de la demanda ha de resultar que no es necesario el control de transparencia y que no concurren vicios del consentimiento. Si estos dos presupuestos que resultan determinantes en la aplicación de pleito testigo tienen que ser objeto de valoraciones o comprobaciones, habrá que acudir a una tramitación ordinaria<sup>214</sup>.

### 3. PROCEDIMIENTO

#### 3.1. Identificación del pleito testigo

La identificación del pleito considerado como testigo es el primer paso en la tramitación de esta nueva regulación. La intervención del LAJ en esta fase procedimental es de suma importancia, ya que supone un primer filtro cara a concretar qué pleito ha de tramitarse como preferente, y cuáles deben suspenderse en espera de la resolución del primero.

En la regulación dada al precepto, sorprende la intervención del letrado de la Administración de Justicia en la fase inicial del procedimiento. Dicha actuación se aparta del *iter* procedimental previsto para el proceso en la propia norma procesal civil. Y ello es así, a tenor del primer apartado artículo 438 bis del Real Decreto-Ley “1. *En el caso de las demandas referidas en el artículo 250.1.14º, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado primero del artículo 438.1, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia procederá a dar cuenta al tribunal, con carácter previo a la admisión de la demanda, cuando considere que la misma incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes, que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de contratación cuestionadas tienen identidad sustancial*”.

Tal y como reza el precepto, la dación de cuenta del Letrado de la Administración de Justicia, se produce con anterioridad a la admisión a trámite de la demanda, en una actuación desprovista de regulación en el seno del proceso, al no recoger la Ley de Enjuiciamiento Civil ningún tipo de trámite procesal anterior a la

---

<sup>214</sup> CALAZA LÓPEZ, S., “Tutela global del derecho privado en un contexto de justicia sostenible...”, *op. cit.*, p. 103.

interposición de la demanda, dejando a un lado obviamente, por tener una regulación específica y no responder a la naturaleza de la institución objeto de estudio, la tramitación de las diligencias preliminares. No se entiende, además, cuál es la razón de que la actuación del LAJ se lleve a cabo con anterioridad a la admisión de la demanda, y mucho menos cuando en el mismo precepto, se establece expresamente que dicha actuación se llevará a cabo *“sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado primero del artículo 438 LEC”*, que prevé la admisión a trámite de la demanda y el traslado para su contestación<sup>215</sup>.

Desde luego, esta intervención del letrado no tiene mucho que ver con la eficacia y aplicación del pleito testigo, puesto que con su regulación no se pretende inadmitir a trámite la demanda, decisión ésta que tampoco podría adoptar el LAJ, sino elegir un pleito para su tramitación preferente con suspensión de los demás. Para ello tendría que admitirse a trámite la demanda, puesto que el inicio de otro procedimiento de la misma naturaleza es lo que va a determinar la puesta en marcha del proceso testigo<sup>216</sup>. A partir de la admisión procedería la dación de cuenta y demás actuaciones.

Pero la sorpresa no se queda en la previsión sobre la actuación del LAJ, sino que se acentúa con la regulación de la intervención del juzgador, una vez que se ha producido la dación de cuenta. El segundo apartado del artículo 438 bis, recoge expresamente que *“2. Dada cuenta y examinado el asunto, el tribunal dictará auto acordando la suspensión del curso de las actuaciones hasta que se dicte sentencia firme en el procedimiento identificado como testigo o, en su caso, dictará providencia acordando seguir con la tramitación del procedimiento (...)”*. La pregunta que surge de inmediato es, ¿cómo el tribunal puede dictar auto acordando la suspensión de unas actuaciones que todavía no se han iniciado?, debido a que el letrado de la Administración de justicia ha dado cuenta antes de admitir a trámite la demanda. En páginas anteriores se ha hecho referencia a la mala redacción del precepto. Tal y como se ha indicado, de la dicción literal del artículo 438 bis 2, parece deducirse que la elección del pleito testigo ya se ha realizado con anterioridad, no se sabe en qué momento y con qué trámite, y lo que en realidad se está regulando en el segundo apartado es una ampliación de la suspensión a un nuevo pleito. Establece literalmente el precepto *“(...) En caso de que se hubiera dictado el auto acordando la suspensión, junto a su notificación se remitirá copia de aquellas actuaciones que consten en el procedimiento testigo y que, a juicio del tribunal, permitan apreciar las circunstancias establecidas en el apartado primero, quedando unido al procedimiento testimonio de las mismas (...)”*. Así, se está poniendo de relieve que la elección del

---

<sup>215</sup> Vid. BANACLOCHE PALAO, J., “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *La Ley Digital*, 2979, 2021, p. 13.

<sup>216</sup> Una cuestión de interés respecto de esta regulación es cómo opera en el proceso civil la prescripción, puesto que no se ha admitido a trámite la demanda interpuesta, que resulta paralizada no por decisión de la parte, sino por acuerdo del letrado de la administración de justicia conforme a la regulación vigente.

procedimiento testigo ya se ha producido, puesto que lo que acompaña a la notificación del auto acordando la suspensión, es la copia de las actuaciones realizadas en el procedimiento testigo, lo que permite colegir que éste ya ha sido elegido en un trámite anterior<sup>217</sup>.

Partiendo de la citada redacción, lo que cabe considerar es qué ocurre en aquellos supuestos en los que no se produce la dación de cuenta sobre la tramitación de procesos iguales, y su concurrencia es advertida por el juzgador ya iniciada la tramitación del proceso. No se contempla en la norma esta situación que, sin duda, puede producirse en algunas ocasiones. Parece que la aplicación de la figura del pleito testigo se limita a aquellos casos en que la identidad de pretensiones se advierte de inmediato por el letrado de la Administración de Justicia en el momento de la interposición de la demanda, sin tener en cuenta que cabe constatarlo una vez iniciada ya la tramitación.

Parece adecuado, dada la finalidad de este instrumento, defender su aplicación incluso cuando ya haya avanzado su tramitación. Además, en este caso la suspensión del procedimiento no preferente tendría una duración inferior. De todas formas, los efectos de la suspensión del pleito cuando ya se ha iniciado el procedimiento ha de ser diferente, porque en algunos casos incluso ya se habrá contestado a la demanda, lo que introduce otros elementos a tener en cuenta para decidir sobre la suspensión. Sin embargo, no debería impedirse la aplicación de la institución cuando realmente se compruebe la identidad de pretensiones<sup>218</sup>.

### **3.2. Intervención de las partes**

Otro aspecto que ha despertado interés en la regulación de un procedimiento en el que se elige la tramitación preferente de un proceso con suspensión de los demás, es que la intervención de las partes se reduce a la simple petición de suspensión, en aquellos casos en los que no ha sido acordada de oficio. En este sentido, el segundo párrafo del primer apartado del artículo 438 bis recoge que *“La parte actora y la parte demandada podrán solicitar en su escrito de demanda y contestación, que el procedimiento se someta a la regulación de este artículo, siempre que concurren los presupuestos señalados en el párrafo anterior”*.

En este contexto, salvo en aquellos supuestos en los que las partes soliciten la aplicación del proceso testigo en sus escritos iniciales, su intervención se aplaza hasta que se ha dictado sentencia firme y el tribunal requiere al demandante para que se pronuncie sobre las opciones que se recogen en el precepto. Las partes del pleito suspendido no tienen ningún trámite para alegaciones, ni en relación a la decisión de aplicar el instrumento del pleito testigo que podría afectar a su derecho a la tutela judicial efectiva, ni respecto del pleito que se elige como

---

<sup>217</sup> Vid. BANACLOCHE PALAO, J., “Las reformas en el proceso civil...”, *op. cit.*, p. 12; MARTÍNEZ DEL TORO, S., “Modificaciones en el juicio ordinario y verbal en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Arts. 249 y 250 LEC”, *La Ley Digital*, 8263, 2021, p. 13.

<sup>218</sup> ORTELLS RAMOS, M., “Proceso colectivo, procesos en serie...”, *op. cit.*, p. 29.

preferente, ni desde luego para solicitar, por ejemplo, la práctica de alguna prueba que consideren relevante respecto a la justificación de la pretensión<sup>219</sup>.

La falta de regulación de dicha intervención en el momento inicial del procedimiento supone la vulneración de derechos fundamentales de contenido procesal como son el de contradicción e igualdad de armas, como ya se ha evidenciado en páginas anteriores. Podría alegarse que estos principios fundamentales del proceso debido se contemplan al establecerse la apelación del auto que decide sobre la aplicación del pleito testigo. Sin embargo, no puede perderse de vista que su efectividad se condiciona a la interposición de un recurso para evitar un perjuicio ya causado por el juzgador sin derecho de audiencia<sup>220</sup>.

Por lo que respecta a la petición de suspensión en la interposición de la demanda, cabe plantearse si, ante la existencia de un pleito con varios demandantes, tendrán todos ellos que solicitar dicha suspensión, o bastará con la petición de uno solo. Desde luego no cabe que se paralice el pleito respecto del demandante que lo solicita, y continúe para los demás, porque obviamente, esta opción no responde a la naturaleza de la institución, ni a la finalidad que persigue. La opción más lógica será que ante la solicitud de uno de los demandantes sea el juzgador el que decida sobre la suspensión del pleito para todos ellos, ya que, en definitiva, es el que tiene que pronunciarse sobre la identidad de pretensiones, y puede decidir sobre la aplicación este instrumento incluso de oficio<sup>221</sup>.

Otra cuestión que despierta interés por su relevancia es cómo afectaría la suspensión de un proceso ante la tramitación preferente de otro, cuando se ha producido una petición de tutela cautelar en el suspendido.

Como es sabido, la tutela cautelar en el proceso civil puede solicitarse con anterioridad a la interposición de la demanda, pero en este caso su concesión se acuerda con la condición de que la demanda se interponga en el plazo de veinte días. La pregunta que cabe formular se encuentra en relación con los efectos que produciría el retraso en la admisión a trámite de la demanda, tal y como se regula para el pleito testigo, si se han adoptado medidas cautelares con anterioridad a la interposición de la demanda. Teniendo en cuenta que dicha demanda no se admite a trámite como consecuencia de la regulación del procedimiento, y que la suspensión se produce por decisión del órgano jurisdiccional en aplicación de lo dispuesto en el precepto, sin intervención del demandante, parece que la decisión más acertada ha de ser el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, ya que de lo contrario se pondría en peligro la efectividad de la futura sentencia que resuelva sobre la pretensión, y mucho más en este caso en que se ha de

---

<sup>219</sup> Vid. ACHÓN BRUÑÉN, M. J., "Futuras reformas legales que afectan a pleitos...", *op. cit.*, p. 5; BANACLOCHE PALAO, J., "Las reformas en el proceso civil...", *op. cit.*, p. 13.

<sup>220</sup> CALAZA LÓPEZ, S., "Tutela global del derecho privado en un contexto de justicia sostenible" ..., *op. cit.*, p. 105.

<sup>221</sup> CALAZA LÓPEZ, S., "Tutela global del derecho privado en un contexto de justicia sostenible" ..., *op. cit.*, p. 96.

esperar a una sentencia firme dictada en otro proceso no vinculado a la actuación de las partes del pleito suspendido<sup>222</sup>.

En este sentido vuelve a resultar recomendable la regulación de una audiencia a las partes, que podrían formular alegaciones sobre los extremos antes indicados y posicionarse sobre las medidas cautelares adoptadas. No estaría de más que el Real Decreto Ley realizase alguna previsión sobre este extremo, porque rechazar las medidas cautelares podría poner en peligro la petición de tutela, y mantenerlas sin admitir a trámite la demanda choca con su regulación en la Ley procesal civil.

Cuestión distinta es la relativa a la solicitud de medidas cautelares con la interposición de la demanda. Si se tiene en cuenta que la admisión a trámite de la demanda se retrasa por el letrado de la Administración de Justicia, en aplicación de la regulación propuesta para el pleito testigo en el artículo 438 bis, difícil parece que se puedan adoptar las medidas cautelares, aunque también sería complejo justificar su denegación, o falta de pronunciamiento. La previsión de una audiencia a las partes vuelve a presentarse como la mejor opción, al poder pronunciarse sobre la suspensión y elección del pleito preferente, pero también sobre la adopción de las medidas cautelares. El juzgador, en su caso, podría adoptar dichas medidas en el auto que decidiera también sobre la suspensión del proceso.

### **3.3. Posición del demandante ante la notificación de la sentencia firme dictada en el proceso testigo**

Dictada sentencia firme en el pleito tramitado como preferente, el tribunal deberá notificarlo a las partes, tal y como establece el artículo 438 bis 3. Establece el precepto que la citada notificación se realice mediante providencia, en la que el tribunal determinará si estima procedente o no la continuación del pleito suspendido, en atención a si considera resueltas todas las pretensiones objeto del proceso, indicando en caso contrario, aquellas que no se han resuelto. En la citada resolución, se acordará dar traslado a las partes para que en el plazo de cinco días se pronuncien sobre el desistimiento, la continuación del procedimiento o la extensión de efectos de la sentencia.

En este punto hay que tener en cuenta que la sentencia firme podrá estimar o no todas las pretensiones. Lo cierto es que ha de dar respuesta a todas ellas, respetando así el deber de congruencia, pero la desestimación de alguna de las pretensiones de la demanda que coincida con las interpuestas por el demandante del pleito suspendido da pie a que éste solicite su continuación alegando la falta de audiencia para alegaciones y la imposibilidad de proponer prueba.

---

<sup>222</sup> ORTELLS RAMOS, M., "Proceso colectivo, procesos en serie...", *op. cit.*, p. 34. *Vid.* también CALAZA LÓPEZ, S., "Tutela global del derecho privado en un contexto de justicia sostenible" ..., *op. cit.*, p. 99.

Falta en la regulación alguna previsión sobre otras posibles opciones de finalización del pleito testigo distintas a la sentencia. En el proceso civil, como es sabido, rige el principio dispositivo, y entra dentro del poder de disposición de las partes, decidir poner fin al proceso a través de la negociación, ya sea judicial o incluso por satisfacción extraprocésal de la pretensión. De esta forma, la transacción judicial y el desistimiento son dos formas de finalización del proceso civil que se han de tener en cuenta. Sin duda, cualquiera de estas situaciones ha de provocar el levantamiento de la suspensión de los pleitos dependientes, ya que cada una de ellas despliega su eficacia únicamente respecto a la relación jurídico procesal de la que traen causa. No obstante, debería realizarse alguna precisión al respecto, y mucho más teniendo en cuenta que dependiendo del tiempo transcurrido entre la suspensión de los procesos dependientes y la adopción de alguna de estas soluciones, los perjuicios causados a las partes de esos procesos pueden ser muy graves.

Pero volviendo a la regulación del artículo 438 bis, las opciones que se recogen en tercer apartado del precepto y que el demandante puede elegir son:

- a) El desistimiento en sus pretensiones.
- b) La continuación del procedimiento suspendido, indicando las razones o pretensiones que deben ser, a su juicio, resueltas.
- c) La extensión de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo.

### 3.3.1. *Desistimiento*

Conforme a la redacción dada por el apartado tercero del art. 438 bis, ante el desistimiento de la parte, será el letrado de la Administración de Justicia el que dicte decreto acordándolo, sin condena en costas. De nuevo es sorprendente la tramitación del procedimiento, al acordarse el desistimiento de una demanda que todavía no ha sido admitida a trámite, y por tanto que no ha iniciado procedimiento alguno, es de agradecer que no se condene en costas al demandante.

Sin embargo, y volviendo a consideraciones anteriores, la tramitación del desistimiento no puede ser igual de admitirse que la suspensión del proceso dependiente puede acordarse por el juzgador, no en el momento de la interposición de la demanda, sino ya iniciada su tramitación, o incluso cuando ya se ha dado traslado de la demanda al demandado. En este caso, habrá que recurrir a la regulación de la Ley procesal civil, permitiendo al demandado posicionarse sobre el desistimiento del demandante<sup>223</sup>. Esta postura cobra relevancia si se tiene en cuenta que el desistimiento no produce efecto de cosa juzgada, y por tanto podrá plantearse de nuevo la pretensión.

---

<sup>223</sup> ORTELLS RAMOS, M., "Proceso colectivo, procesos en serie...", *op. cit.*, p. 37.

### 3.3.2. Continuación del procedimiento

Como establece el artículo 438 bis en su tercer apartado, el tribunal indicará en la providencia por la que se notifica la sentencia firme dictada en el pleito testigo, si considera que en la resolución se resuelven las pretensiones planteadas por el pleito suspendido, o si alguna de ellas queda pendiente de resolver. Esta consideración del tribunal ha de servir de referencia al demandante para posicionarse sobre la continuación o no del procedimiento.

Pese a que pueda parecer reiterativo, es importante, por lo que en buena técnica procesal ha de predicarse, hacer referencia una vez más a la pésima regulación de esta institución. Se ofrece al demandante la posibilidad de solicitar la “continuación” de un procedimiento no iniciado al no haberse admitido a trámite la demanda.

Pero, al centrarse en la elección del demandante, ésta aparece condicionada por la propia posición del tribunal expresada en la providencia. Se podría pensar que el derecho a la tutela judicial efectiva puede estar en entredicho. Analizando con detenimiento esta opción del actor, se puede comprobar como un demandante de tutela judicial efectiva que se preocupa de interponer una demanda justificada y fundamentada en Derecho, y que parte de la premisa de entablar con ella un proceso en el que se discuta su derecho en función de las pruebas aportadas, se encuentra con la suspensión del mismo en atención a la tramitación de otro pleito con pretensiones “iguales”, pero que se va a tramitar con el material probatorio aportado por ese otro demandante, y con la fundamentación defendida también por ese demandante diferente. Por tanto, partiendo de la regulación del proceso civil y de los principios que lo informan, la resolución firme se dicta en función de ese contenido probatorio y jurídico aportado por las partes del pleito preferente, y no por el que en su momento habría podido aportar el demandante del pleito suspendido. Si todo ello lo colocamos en el marco de un proceso civil regido por el principio dispositivo, la continuación de este procedimiento debería atender a la voluntad del demandante, sin condicionarla, como se hace, a las indicaciones del tribunal<sup>224</sup>.

En este contexto, y conforme a la regulación prevista, si el demandante del pleito suspendido opta por la continuación del procedimiento puede ser condenado en costas, cuando la sentencia que se dicte coincida con la ya dictada en el pleito testigo. Si en una primera aproximación se podría estar conforme con esta postura, lo cierto es que esta posible sanción, condiciona también la elección del demandante, y, en definitiva, cuestiona el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>225</sup>.

Volviendo a la buena técnica procesal, habrá que cuestionar también lo dispuesto por el artículo 438 bis 5 del Real Decreto-Ley, sobre la resolución que levanta la

---

<sup>224</sup> ORTELLS RAMOS, M., “Proceso colectivo, procesos en serie...”, *op. cit.*, p. 41.

<sup>225</sup> Sobre esta cuestión *vid.* BANACLOCHE PALAO, J., “Las reformas en el proceso civil...”, *op. cit.*, p. 13.

suspensión del pleito. Ante la solicitud de la continuación del procedimiento por el demandante del pleito suspendido, será el letrado de la Administración de justicia el que levante una suspensión previamente acordada por el juez en un auto.

### 3.3.3. Extensión de efectos de la sentencia

La tercera opción del artículo 438 bis 3c) es la extensión de efectos de la sentencia dictada en el pleito testigo, para lo que se estará a lo dispuesto en el artículo 519 del Real Decreto-Ley.

Este artículo regula la extensión de efectos de la sentencia dictada en los casos de las demandas del artículo 250.1.14.<sup>o</sup>, esto es, la referidas al ejercicio de acciones individuales relativas a las condiciones generales de contratación. Pero esta extensión de efectos aparece condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, recogidos en el citado artículo 519. El primero es que la sentencia cuya extensión se solicita haya adquirido firmeza en segunda instancia. Reza literalmente el precepto, “*sin perjuicio de que se pueda optar por acudir a un procedimiento declarativo, en el caso de las demandas referidas en el artículo 250.1.14.<sup>o</sup>, los efectos de una sentencia que reconozca una situación jurídica individualizada y que, de haberse dictado en primera instancia, hubiera adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial, podrán extenderse a otras cuando concurren las siguientes circunstancias (...)*”. Conforme a ello, cuando la sentencia dictada en el pleito testigo es recurrida y se dicta sentencia en segunda instancia, el demandante que ha visto su pleito suspendido puede solicitar la extensión de efectos de esa sentencia.

Pero ¿qué ocurre cuando la sentencia dictada en el pleito testigo no es recurrida? Ante esta situación, resulta evidente que con la regulación de la extensión de efectos de la sentencia prevista en el artículo 519 RD-Ley, no cabe solicitar la extensión de efectos. Este sería un supuesto claro para levantar la suspensión y continuar con el procedimiento. Y ello no por voluntad del demandante, que obviamente y en función del principio dispositivo deberá ser oído, sino por no cumplirse el presupuesto de aplicación de la extensión de efectos.

Partiendo de la redacción que el Real Decreto-Ley da al pleito testigo y a la extensión de efectos de la sentencia, cabe resaltar la falta de concordancia o de interrelación en la regulación de ambas instituciones<sup>226</sup>.

La extensión de efectos de la sentencia se regula con carácter general en el artículo 519, para aquellos casos en que los interesados pueden apreciar la existencia de situaciones idénticas entre su pretensión (no interpuesta todavía ante un tribunal), y la ya resuelta por un tribunal en otro pleito ya finalizado. No se hace referencia alguna a que la tramitación del pleito finalizado lo haya sido en aplicación de la regulación del pleito testigo. Es más, el propio apartado segundo

---

<sup>226</sup> Vid. CALAZA LÓPEZ, S., “Tutela global del Derecho privado en un contexto de Justicia sostenible” ..., *op. cit.*, p. 113.

del artículo 519, especifica que esta opción de la extensión de efectos se puede utilizar sin perjuicio de “*acudir a un proceso declarativo*”, por lo que cabe deducir que la pretensión para la que se solicita la extensión de efectos todavía no se ha interpuesto para iniciar un proceso. En este contexto, tiene sentido que se recojan en el precepto los requisitos que han de cumplirse para que se pueda acudir a la extensión de efectos de la sentencia<sup>227</sup>:

- 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.

Sin embargo, no se puede decir lo mismo cuando la elección de la extensión de efectos de la sentencia deriva de la tramitación prevista para el pleito testigo, y como opción del demandante del pleito suspendido en atención a la regulación del artículo 438 bis 3c). En este caso, puede comprobarse como algunos de los requisitos que se exigen en el artículo 519.2 del Real Decreto, ya fueron contemplados por el tribunal para decidir sobre la suspensión del pleito para el que ahora se solicita la extensión de efectos. Que se trate de demandas relativas al artículo 250.1.14, que las situaciones jurídicas sean idénticas, que las condiciones generales de la contratación de unas y otras pretensiones tengan identidad sustancial, y que no sea necesario realizar un control de transparencia de la cláusulas, son requisitos contemplados ya en el artículo 438 bis, y que por tanto ya han sido valorados por el juzgador en el momento de decidir sobre la suspensión del pleito.

---

<sup>227</sup> Igual redacción que la del artículo. 519.2 ALMEP: “*Sin perjuicio de que se pueda optar por acudir a un procedimiento declarativo, en el caso de las demandas referidas en el artículo 250.1. 14º, los efectos de una sentencia que reconozca una situación jurídica individualizada y que hubiera adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial, podrán extenderse a otras cuando concurren las siguientes circunstancias:*

- 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”.*

Sin tomar en consideración errores pasados, se vuelve a caer en la doble valoración que se preveía también para en el proceso administrativo<sup>228</sup>. En atención a ello, cabe plantear las siguientes cuestiones: ¿Qué ocurrirá si al valorar de nuevo la concurrencia de estos requisitos el tribunal estima que no se cumple alguno de ellos? ¿Va a denegar la extensión de efectos de la sentencia? ¿Qué mecanismos tiene el demandante frente a esta decisión? Parece lógico que, para evitar estas indeseadas consecuencias, el artículo 519 del Real Decreto Ley recogiera alguna referencia a la tramitación de la extensión de efectos que traiga causa de la aplicación del pleito testigo.

No obstante, y siguiendo con lo contemplado en el artículo 519, el precepto añade dos limitaciones más, que se trate del mismo demandado, requisito lógico ya que en otro caso puede incurrirse en indefensión, y que la sentencia firme se haya dictado por la Audiencia Provincial<sup>229</sup>. Aunque este último requisito parece reforzar la seguridad jurídica al tratarse de una revisión por un tribunal superior de una sentencia apelada, lo cierto es que también limita la aplicación de la institución en aquellos casos en los que, por existir jurisprudencia consolidada, no van a ser objeto de recurso<sup>230</sup>.

Otro de los requisitos exigidos para la aplicación de la extensión de efectos de la sentencia es 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*”.

Continuando con la tramitación prevista en el artículo 519.2, la solicitud de la extensión de efectos ha de presentarse en el plazo máximo de un año desde la firmeza de la sentencia cuyos efectos se pretenden extender.

---

<sup>228</sup> Esta doble valoración ya se recogía en la regulación inicial del procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia en los artículos 111 y 110 de la LJCA. Advertido el error y la incoherencia inicial, se modifica el artículo 111 LJCA por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, al entender que carecía de sentido que el tribunal tuviera que valorar de nuevo lo ya valorado para proceder a la suspensión de un pleito y seguir con la tramitación del considerado preferente. Los requisitos previstos en los apartados 3,4 y 5 del artículo 110, sólo deberían aplicarse cuando la extensión de efectos de la sentencia se solicitaba directamente por un interesado que no había iniciado ningún procedimiento, y lo que trata con su solicitud es, precisamente, evitar su inicio.

*Atendiendo a ello, la modificación del artículo 111 LJCA prevé que cuando la extensión de efectos de la sentencia se realiza en el marco de un pleito testigo, se tramite conforme al apartado 5 del artículo 110 LJCA, cuya nueva redacción recoge un mandato imperativo al juzgador, al establecer que, solicitada la extensión de efectos de la sentencia, “(...) el Juez o Tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta Ley”.*

<sup>229</sup> Vid. BANACLOCHE PALAO, J., “Las reformas en el proceso civil...”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>230</sup> ACHÓN BRUÑÉN, María José, “Modificaciones en el proceso de ejecución por la Ley de eficiencia procesal del servicio público de justicia (actualmente en anteproyecto): cuestiones de relevancia práctica, *La Ley Digital*, de 29 de octubre de 2021, p. 5. Vid. también en el mismo sentido el Informe del CGPJ de 22 de julio de 2021..., p. 180.

Como ya se ha puesto de relieve, a la vista de la regulación del pleito testigo y de la extensión de efectos de la sentencia, cabe destacar su falta de conexión o armonización, lo que conlleva varias consideraciones que dificultan su interpretación.

La primera de ellas hace referencia al plazo para solicitar la extensión de efectos de la sentencia. En la regulación del pleito testigo, artículo 438 bis 3, se establece un plazo de 5 días para solicitar la extensión de efectos de la sentencia, mientras que en la regulación de esta institución en el artículo 519, el plazo previsto es de un año.

Si se procede a una interpretación literal del artículo 438 bis 3, cabe concluir que, requerido por el tribunal para que se pronuncie sobre las opciones previstas en el precepto, el litigante del pleito suspendido dispone de un plazo de cinco días para adoptar una de ellas, contemplando expresamente en la letra c), la extensión de efectos de la sentencia. Pero al continuar con lo previsto en el apartado 6 del precepto *“Si el demandante solicitara la extensión de los efectos de la sentencia del procedimiento testigo, se estará a lo dispuesto en el artículo 519 de la presente ley”*, lo que conduce a la previsión de un año que se recoge en el citado artículo 519.

Obviamente la regulación del plazo de un año en este caso está pensada para aquellas solicitudes de extensión de efectos de la sentencia que no traigan causa de un procedimiento testigo. Para éstas, el plazo que debería computarse es el de cinco días que aparece en sede de su regulación.

Una segunda consideración tiene que ver con el contenido de la solicitud, que se recoge en el último párrafo del artículo 519.2 del Real Decreto Ley: *“(…) la solicitud se planteará por medio de escrito en el que se indicará el número de procedimiento en el que se hubiera dictado la sentencia cuyos efectos se pretende extender, la concreta pretensión que podrá ser de anulación, de cantidad o ambas, la identidad de la situación jurídica y un número de cuenta bancaria en la que, eventualmente, puedan realizarse ingresos, acompañando en su caso la documentación en que funde su petición”*.

Una vez más, cabe señalar que la previsión sobre el contenido de la solicitud ha de predicarse de aquellas que no tengan como precedente la suspensión de un proceso por la tramitación de otro considerado preferente. Carece de toda lógica que el demandante del pleito suspendido tenga que aportar con su escrito todas esas precisiones que recoge el precepto, y la documentación que las acredite, teniendo en cuenta que estamos ante la tramitación de un pleito testigo, con suspensión de aquellos en los que se aprecie identidad de pretensiones, y que, por tanto, tanto la pretensión o pretensiones. como la documentación que la justifican ya obra en el juzgado. Lo único que tendría que aportar sería el número de la cuenta bancaria, a efectos de los ingresos que, en su caso, puedan realizarse. En este sentido, no ha de perderse de vista que, conforme a lo establecido por el artículo 438 bis 3) del Real Decreto Ley, el juzgador del pleito testigo ha de dictar providencia comunicando a los demandantes de los pleitos suspendidos, cuáles son las pretensiones que considera resueltas y cuáles son las que están pendientes de resolver, en su caso, a efectos de solicitar la continuación del procedimiento,

o solicitar la extensión de efectos de la sentencia, por lo que cabe deducir que el juzgador ya ha tenido ocasión de comprobar tanto las pretensiones del demandante del pleito suspendido, como la documentación aportada.

Al hilo de estas consideraciones, y partiendo de que la sentencia puede no haber resuelto todas las pretensiones objeto del pleito suspendido, o no hacerlo en sentido positivo, cabe preguntarse si es posible solicitar una extensión de efectos parcial. En este caso el demandante solicitaría la extensión de efectos de la sentencia en lo que es favorable a sus pretensiones, continuando el procedimiento para las cuestiones no resueltas o con respuestas desfavorables. Teniendo en cuenta la finalidad del pleito testigo y la relación jurídica que sirve de base a las pretensiones del demandante, lo más adecuado es que la continuación del procedimiento o la extensión de efectos de la sentencia se solicite íntegramente<sup>231</sup>. Por tanto, el demandante del pleito suspendido que no ve resueltas positivamente todas las pretensiones formuladas, deberá optar por la continuación del procedimiento.

Del escrito solicitando la extensión de efectos y la documentación que lo justifique se dará traslado al demandado condenado en el pleito tramitado como preferente, en el que ha recaído la sentencia firme, que podrá allanarse u oponerse fundadamente en el plazo de diez días, acompañando la documentación que justifique su oposición, o identificándola si ya figura en autos. Si en el plazo establecido no se pronuncia se entiende conforme con la extensión de efectos solicitada.

Transcurrido el plazo indicado, el tribunal en el plazo de cinco días dictará auto resolviendo sobre la extensión de efectos solicitada. El pronunciamiento del juzgador solo podrá recoger la decisión de acordar o rechazar la extensión de efectos solicitada tomando como referencia la petición del demandante del pleito suspendido, sin que se pueda reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate. El auto que resuelva sobre la extensión de efectos podrá recurrirse en apelación con tramitación preferente.

Dicho auto será título ejecutivo bastante para iniciar el proceso de ejecución. Tal y como corresponde a un título judicial se aplicará para el inicio de la ejecución el plazo de espera de 20 días recogido en el artículo 548 LEC. En este sentido establece el precepto, cuyo título ya indica que se aplicará a las resoluciones procesales o arbitrales y a los acuerdos de mediación, la ejecución no podrá despacharse hasta que transcurran 20 días desde la notificación de la resolución firme.

---

<sup>231</sup> Vid. CALAZA LÓPEN, S., "Tutela global del Derecho privado en un contexto de Justicia sostenible"..., *op. cit.*, p. 109.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., “Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al «pleito testigo» en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas”, *La Ley Digital*, 1225, 2020.
- BANACLOCHE PALAO, J., “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *La Ley Digital*, 2979, 2021.
- BARONA VILAR, S., “El proceso civil y penal ¿líquido? en el siglo XXI”, en *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Tutela global del derecho privado en un contexto de justicia sostenible”, en ASENCIO MELLADO, J. M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (dirs.), *Proceso y daños. Perspectiva de la Justicia en la sociedad del riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E., “Extensión de los efectos de la sentencia en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Extensión de efectos y pleito testigo en la jurisdicción administrativa*, Civitas, Madrid, 2016.
- DIAZ CABIALE, J. A., “El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos se enjuician los mismos hechos”, *Práctica de Tribunales*, núm. 138, Mayo-Junio 2019.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Nuevos y renovados instrumentos para la litigación masiva” en ASENCIO MELLADO, J. M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (dirs.), *Proceso y daños. Perspectiva de la Justicia en la sociedad del riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GASCON INCHAUSTI, F., “Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el Proceso administrativo. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de marzo de 2000”, *Tribunales de Justicia*, núm. 3, 2001.
- MARTÍN DIZ, F., “Del derecho a la tutela judicial efectiva. Hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2014, núm. 23.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S., “Modificaciones en el juicio ordinario y verbal en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Arts. 249 y 250 LEC”, *La Ley Digital*, 8263, 2021.
- MONTERO AROCA, J., “Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución”, *Justicia*, núm. 6, 1982.
- NOYA FERREIRO, M. L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- ORTELLS RAMOS, M., "Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021.
- PÉREA GONZÁLEZ, A., "Hacer generalidad de la singularidad: pleito testigo y extensión de efectos ¿Una nueva tutela del conflicto privado?", *Diario La Ley*, núm. 9676, 7 de julio de 2020.
- SCHUMANN BARRAGAN, G., "Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva. La eficiencia y los límites negativos a la libertad del legislador procesal civil", en PEREIRA PUIGVERT S. y PESQUEIRA ZAMORA, M. J. (dirs.), *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Liberalización y socialización del proceso civil", *RIDP*, núm. 2 y 3, 1972.

# EL PROCEDIMIENTO TESTIGO Y LA EXTENSIÓN DE EFECTOS EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE

Lucía MORENO GARCÍA

Profesora Permanente Laboral de Derecho Procesal (acred. Profesora Titular)

Universidad de Almería<sup>232</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 20 de diciembre de 2023 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de Justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (en adelante, RDL 6/2023)<sup>233</sup>. Entre otras reformas procesales, mediante este RDL 6/2023 se introducen en la regulación procesal civil el procedimiento testigo, que se ubica en un nuevo artículo 438 bis LEC, y la extensión de efectos de las sentencias dictadas en procedimientos en los que se ejerciten acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación (art. 519 LEC, conforme a la redacción dada por el citado RDL 6/2023)<sup>234</sup>.

En lo que se refiere a estas medidas procesales, el antecedente inmediato de este RDL 6/2023 es el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia<sup>235</sup>, el cual decayó al convocarse las elecciones generales en 2023. Pese a ello, algunas de las medidas de eficiencia procesal previstas en este Proyecto de Ley, como el pleito testigo y la extensión de efectos, han visto rápidamente la luz tras la formación del nuevo Gobierno. Como en otras ocasiones, el Ejecutivo ha utilizado la vía del Real Decreto-ley para aprobar las medidas que considera más urgentes a fin de cumplir con los objetivos marcados desde Europa (v. apartado I de la Exposición de Motivos del RDL 6/2023).

En lo que se refiere al procedimiento testigo y a la extensión de efectos de ciertas sentencias de consumo, estas medidas se incorporan con la intención de “*dotar de mayor celeridad a los pleitos*” en materia de condiciones generales de la contratación (apartado VI de la EM del RDL 6/2023). Es una realidad que nuestros juzgados y tribunales se encuentran saturados, entre otros motivos, por las incesantes reclamaciones sobre cláusulas abusivas en los últimos tiempos. Además, es un

---

<sup>232</sup> Este estudio se ha realizado en el marco de la Red Andaluza de Investigación sobre modelos de Eficiencia Procesal (D5-2023\_03), Plan Propio de Investigación y Transferencia, Universidad de Málaga, así como el Proyecto de Fortalecimiento de Grupos de Investigación, PPIT-UAL, Junta de Andalucía-FEDER 2021-2027, Programa 54.A; Grupo PAIDI: SEJ384.

<sup>233</sup> BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023.

<sup>234</sup> Mediante el RDL 6/2023 también se incorpora la técnica del pleito testigo y la extensión de efectos en la jurisdicción social. En este sentido, pueden verse los nuevos artículos 86 bis y 247 ter Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Dado que mi estudio se centra en el orden civil, en este trabajo solo analizo la regulación prevista en la LEC, sin perjuicio de las referencias a la regulación procesal laboral a efectos comparativos.

<sup>235</sup> BOCCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 97-1, de 22 de abril de 2022.

hecho que la mayoría de dichas reclamaciones siguen el “mismo patrón”<sup>236</sup>. En este contexto, mecanismos como los que ahora se incorporan –el pleito testigo y la extensión de efectos– pueden contribuir de manera significativa a la reducción de la litigiosidad masiva en condiciones generales de la contratación y de la sobrecarga de trabajo de nuestros tribunales<sup>237</sup>.

Según se indica en la Disposición Final 9.2 del mencionado Real Decreto-ley, la regulación de estas medidas entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, esto es, el 20 de marzo de 2024.

Cabe señalar que el pasado 10 de enero de 2024, el Pleno del Congreso de los Diputados convalidó dicho RDL 6/2023, acordándose su tramitación como proyecto de ley por la vía de urgencia<sup>238</sup>. A la fecha de elaboración de este estudio, la referida ley aún no ha visto la luz, encontrándose todavía en tramitación parlamentaria. Por este motivo, en este trabajo únicamente se hace referencia al RDL 6/2023<sup>239</sup>.

## 2. EL NUEVO PROCEDIMIENTO TESTIGO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como se indica *supra*, el RDL 6/2023 ha incorporado el procedimiento testigo en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En particular, se ha implementado dentro de la regulación del juicio verbal, en el nuevo artículo 438 bis. Como veremos a continuación, el ámbito de aplicación del procedimiento testigo se circunscribe a las demandas en las que se ejerciten acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación; y, en virtud de la reforma operada por el RDL 6/2023, estas demandas han pasado a tramitarse por los cauces del juicio verbal

---

<sup>236</sup> En este sentido, en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia se consideraba un motivo para incorporar el pleito testigo en la LEC el hecho de que, en la mayoría de las 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” (apartado V).

<sup>237</sup> En un trabajo anterior abordé el pleito testigo como mecanismo para hacer frente a la litigiosidad en masa en condiciones generales de la contratación. Dado que aún no se había publicado el RDL 6/2023, dicho estudio estaba referido a la regulación de esta medida en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia de 2022. Este trabajo puede verse en MORENO GARCÍA, Lucía, “El pleito testigo como herramienta para hacer frente a la litigación en masa en condiciones generales de la contratación”, en RUBIO SÁNCHEZ, Ana (Dir.), *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. Sobre las medidas previstas en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal relacionadas con los litigios de consumo, también puede consultarse MORENO GARCÍA, Lucía, “Previsiones de reformas legislativas en los litigios con consumidores”, en HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco y LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (Dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 111 y ss.

<sup>238</sup> *Vid.* la Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RDL 6/2023 (BOE núm. 11, de 12 de enero de 2024).

<sup>239</sup> El Proyecto de Ley procedente del RDL 6/2023 se encuentra publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-1, de 19 de enero de 2024.

por razón de la materia (v. el art. 250.1.14º LEC, en su redacción dada por el RDL 6/2023)<sup>240</sup>.

### 2.1. **Ámbito de aplicación**

Conforme al artículo 438 bis LEC, la aplicación del procedimiento testigo se limita a las demandas en las que se ejerciten acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación. Según la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), estas acciones son la de nulidad de la condición general de la contratación y la declarativa de no incorporación de la cláusula al contrato (arts. 7 a 10 LCGC). Por consiguiente, el ámbito de aplicación del pleito testigo queda circunscrito a estas pretensiones, de nulidad y de no incorporación. Además, para que sea procedente el pleito testigo las condiciones generales de la contratación han de tener “identidad sustancial” con respecto a las del asunto que se tome como “modelo” o “testigo”. Esto resulta lógico, pues, si las cláusulas contractuales no son idénticas o similares, en lo sustancial, no tiene sentido extender los efectos de la sentencia de un procedimiento a otro.

La operatividad del procedimiento testigo quedará excluida cuando sea necesario realizar el control de transparencia de la cláusula contractual o valorar la existencia de vicios en el consentimiento prestado por el contratante (art. 438 bis.1, primer párrafo, LEC). En la práctica, ello va a suponer la inaplicación del procedimiento testigo en un gran número de asuntos<sup>241</sup>, pues, esta técnica no podrá utilizarse cuando estemos ante cláusulas que afecten al objeto principal del contrato –como las cláusulas “suelo” o las cláusulas multidivisa–. Tampoco podrá emplearse en relación con los créditos o tarjetas *revolving*, en los que se valora la nulidad por usura<sup>242</sup>.

### 2.2. **Iniciación**

Según se infiere del artículo 438 bis LEC, la aplicación del procedimiento testigo puede ser acordada, de oficio, por el órgano judicial o a petición de parte. En lo que se refiere a su aplicación de oficio, se ha previsto que sea el letrado de la

---

<sup>240</sup> El apartado 14º ha sido introducido en el artículo 250.1 LEC por el RDL 6/2023. Con anterioridad a esta reforma, las demandas en las que se ejercitasen acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación se tramitaban por los cauces del juicio ordinario, por razón de la materia.

<sup>241</sup> Así lo indica MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, “Cuestiones prácticas del art. 438 LEC antes y después de la reforma”, *Práctica de Tribunales*, núm. 160, 2023, apartado IV.

<sup>242</sup> SCHUMANN BARRAGÁN considera que, al menos en abstracto, la técnica del procedimiento testigo podría aplicarse a los créditos *revolving*. El autor tiene en cuenta que la nulidad por usura “ha sufrido en los últimos años un proceso de objetivización” en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo, “Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva. La eficiencia y los límites negativos a la libertad del legislador procesal civil”, en PEREIRA PUIGVERT, Silvia y PESQUEIRA ZAMORA, María Jesús (Dirs.), *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, apartado II-2.3.

Administración de Justicia el que, antes de la admisión a trámite de la demanda, dé cuenta al tribunal “cuando considere que la misma incluye pretensiones que están siendo objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes...”. Para ello el letrado de la Administración de Justicia deberá valorar si las cláusulas contractuales cuestionadas “tienen identidad sustancial”, así como si es necesario realizar o no el control de transparencia (material) o examinar los vicios del consentimiento del contratante.

Una vez dada cuenta al tribunal, éste será el que decida –como no podía ser de otra forma– si se aplica o no la técnica del procedimiento testigo. Según el tenor del artículo 438 bis LEC, esta decisión se adopta *inaudita parte*, lo cual puede ser cuestionable a la luz del artículo 24 Constitución española<sup>243</sup>.

En cualquier caso, si el juez estima procedente la aplicación del pleito testigo, dictará auto acordando la suspensión del pleito “dependiente”<sup>244</sup>; auto frente al que cabe recurso de apelación, que se tramitará de forma preferente y urgente. De acordarse la suspensión, se prevé la remisión a las partes de la copia de las actuaciones del procedimiento testigo que, a juicio del tribunal, permitan constatar la concurrencia de los requisitos de la técnica del pleito testigo. La finalidad de esta remisión es dar material suficiente a las partes para que puedan decidir recurrir en apelación el auto que acuerda la suspensión de su procedimiento<sup>245</sup>. En cambio, si el tribunal considera inaplicable la técnica del pleito testigo al asunto en cuestión, dictará providencia y mandará continuar con la tramitación normal del procedimiento (art. 438 bis.2 LEC). Frente a esta decisión solo cabe recurso de reposición de conformidad con el artículo 451.2 LEC.

Como he indicado anteriormente, también es posible que se acuerde la aplicación del procedimiento testigo a instancia de parte. Así se prevé en el segundo párrafo del artículo 438 bis.1 LEC, en el que se dispone que la solicitud se realizará por el actor en su escrito de demanda y por el demandado en su contestación a ésta.

### 2.3. Sustanciación y resolución

Una vez acordada la aplicación de la técnica del pleito testigo, habrá que esperar a la resolución del procedimiento identificado como “modelo”. En este aspecto, considero que es deficiente la regulación introducida en la LEC, pues no se

---

<sup>243</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* lo manifestado por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe sobre el entonces Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (pp. 150-151). Y, entre los autores, MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, “Cuestiones prácticas del art. 438 LEC antes y después de la reforma”, *cit.*, apartado IV.

<sup>244</sup> Siguiendo a ORTELLS RAMOS, la expresión “procedimiento dependiente” se refiere al pleito que surge con posterioridad al procedimiento “testigo” y que podría quedar vinculado a éste. *Vid.* ORTELLS RAMOS, Manuel, “Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, p. 19 (nota 29).

<sup>245</sup> *Cfr.* MORENO GARCÍA, Lucía, “El pleito testigo como herramienta para hacer frente a la litigación en masa en condiciones generales de la contratación”, *cit.*, apartado 2.2.

dispone qué criterio ha de seguir el juez para identificar el pleito testigo<sup>246</sup>. A este respecto, resulta más explícita la regulación introducida –también por el RDL 6/2023– en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en lo sucesivo, LRJS); pues, en su artículo 86 bis se dispone que para identificar el o los pleitos testigos se atenderá “*al orden de presentación de las respectivas demandas*”.

En cualquier caso, una vez firme la sentencia dictada en el procedimiento testigo, el juez dictará providencia indicando si considera procedente o no la continuación de los procedimientos suspendidos. Según el tenor del artículo 438 bis.3 LEC, el órgano judicial tendrá en cuenta si en la sentencia del pleito testigo se resuelven todas las cuestiones planteadas en el procedimiento suspendido; pues, de no quedar resueltas, lo procedente sería su continuación para decidir las. No obstante, la decisión se deja en manos del consumidor demandante, al que se le concede un plazo de cinco días para que indique si desiste de sus pretensiones, insta la continuación de su procedimiento o solicita la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el pleito testigo.

En caso de que el consumidor opte por el desistimiento de sus pretensiones, el letrado de la Administración de Justicia “*dictará decreto acordando el mismo, sin condena en costas*” (art. 438 bis.4 LEC). Esta opción resulta lógica si el procedimiento testigo concluye de forma desfavorable para el consumidor y éste prefiere dejar imprejuizado su asunto a expensas de un futuro cambio jurisprudencial<sup>247</sup>.

También es posible que el consumidor demandante opte por solicitar la continuación de su procedimiento. En este caso, el artículo 438 bis.3 de la LEC, en su apartado b), dispone que el actor tendrá que indicar “*las razones o pretensiones que deben ser, a su juicio, resueltas*”. Solicitándose la continuación del procedimiento, el letrado de la Administración de Justicia estará obligado a alzar la suspensión y acordar su continuación. En este supuesto, el consumidor puede perder el pronunciamiento de condena en costas a su favor si se dicta una sentencia “*estimando íntegramente la parte de la demanda que coincida sustancialmente con aquello que fue resuelto en el procedimiento testigo*”. Como señala la doctrina procesalista, esta modulación del régimen de costas puede plantear dudas sobre su conformidad con la Constitución y con la jurisprudencia del Tribunal de

---

<sup>246</sup> Así también lo destacan: BANACLOCHE PALAO, Julio, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021, apartado V; ACHÓN BRUÑÉN, María José, “Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al pleito testigo en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas”, *Práctica de Tribunales*, núm. 146, 2020, apartado III, y VV. AA., “Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil”, *Diario La Ley*, núm. 10222, de 6 de febrero de 2023.

<sup>247</sup> Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, María José, *ibidem*.

Justicia de la Unión Europea, por cuanto disuade al consumidor del ejercicio de acciones judiciales en materia de cláusulas abusivas<sup>248</sup>.

Finalmente, en caso de que el consumidor solicite la extensión de los efectos de la sentencia del pleito testigo a su asunto, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 519 LEC, en su redacción dada por el RDL 6/2023 (art. 438 bis.6 LEC).

### 3. LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE CIERTAS SENTENCIAS DE CONSUMO

El RDL 6/2023 ha introducido nuevos apartados en el artículo 519 de la LEC, regulándose así la extensión de los efectos de sentencias dictadas en procedimientos en los que se hayan ejercitado acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación. Esta nueva regulación –que entró en vigor en marzo de 2024– está íntimamente relacionada con la del procedimiento testigo, aunque no necesariamente. Pues, también se puede recurrir a este cauce cuando sin haber acudido a la vía judicial el consumidor tenga conocimiento de la existencia de una sentencia firme que pudiera ser extensible a su caso por cumplir los requisitos previstos en la ley.

Conforme al artículo 519.2 LEC, la sentencia cuyos efectos se quiere extender a otros asuntos tiene que ser una sentencia que, habiéndose dictado en primera instancia, haya adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial. Por tanto, no se podrá extender los efectos de la sentencia de primera instancia que no sea recurrida en apelación. Este requisito puede ser un arma de doble filo, pues, a la parte demandada le bastará con no recurrir la sentencia estimatoria de la primera instancia para evitar su extensión a otros asuntos en los que sea parte<sup>249</sup>. Ahora bien, entiendo que este requisito no debiera ser aplicable en el caso del procedimiento testigo, pues no tendría sentido suspender los procedimientos dependientes hasta la resolución del pleito “modelo” para luego no poder extender sus efectos si dicha resolución no es recurrida.

---

<sup>248</sup> Vid. BANACLOCHE PALAO, Julio, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *op. cit.*, apartado V; SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo, “Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva. La eficiencia y los límites negativos a la libertad del legislador procesal civil”, *cit.*, apartado III-3.4; y MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, “Cuestiones prácticas del art. 438 LEC antes y después de la reforma”, *op. cit.*, apartado IV. Igualmente, el CGPJ, en el citado anteriormente Informe sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, se cuestionaba que esa previsión en materia de costas pudiera “casar” bien con la finalidad de la Directiva 93/13, “en la medida en que no coadyuva a desincentivar el empleo de cláusulas abusivas por los predisponentes, además de resultar desproporcionada e inconciliable con los artículos 14 y 24 CE” (p. 152).

<sup>249</sup> En este sentido, pueden verse las manifestaciones vertidas por ORTELLS RAMOS y GASCÓN INCHAUSTI en el marco de los “Diálogos procesales” organizados por la Fundación Manuel Serra Domínguez. En particular, me refiero a los Diálogos titulados “¿Qué hacemos con los procesos-masa? Acciones colectivas y procesos testigos”, de 5 de julio de 2021; disponible en <http://www.manuelserradominguez.org/dialogos.html> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2024).

Además, el artículo 519.2 LEC contempla otros requisitos que han de concurrir para para que pueda extenderse los efectos de la sentencia “modelo” a otros asuntos. Estas circunstancias son las siguientes: “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; y 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”.

En mi opinión, estos requisitos están previstos para cuando se solicita la extensión de efectos sin haber acudido previamente a la vía judicial, es decir, cuando no estamos en el ámbito del procedimiento testigo. Entre otras cosas, porque cuando acudimos al artículo 519 LEC por la vía del pleito testigo, la concurrencia de los requisitos de esta técnica ya ha sido valorada por el órgano judicial con anterioridad. Tampoco tiene sentido aplicar –cuando estamos en el ámbito del procedimiento testigo– el requisito previsto en la letra e) del artículo 519.2 LEC, sobre la competencia del tribunal. Pues, en el caso del procedimiento testigo, todo acontece en el marco del mismo órgano judicial, por lo que el requisito resulta redundante.

En relación con la tramitación de la extensión de efectos, su solicitud parece sencilla: el consumidor debe presentar un escrito indicando el número de procedimiento en el que se hubiera dictado la sentencia cuyos efectos se pretende extender, la concreta pretensión, la identidad de la situación jurídica y, en su caso, un número de cuenta bancaria. El legislador dispone que el plazo para solicitar la extensión de los efectos de la sentencia será de un año desde que la misma adquiriera firmeza<sup>250</sup>. Cabe entender que este plazo no es aplicable si estamos en el ámbito del procedimiento testigo, pues, en el artículo 438 bis.3 LEC se contempla un plazo de cinco días para que el consumidor solicite la extensión de los efectos de la sentencia del procedimiento testigo, cuando se le dé traslado por el juez una vez concluso éste por sentencia firme.

En cualquier caso, una vez solicitada la extensión de efectos, se dará traslado al empresario o profesional condenado para que, en un plazo de diez días, manifieste si se allana o se opone a la extensión de los efectos de la sentencia “modelo”. La oposición se articula como una carga para el empresario o

---

<sup>250</sup> Este plazo se ha considerado muy breve, teniendo en cuenta la falta de previsión sobre la forma en la que los consumidores conocerán la existencia de la sentencia “modelo”. Como señala CALAZA LÓPEZ, “el plazo de un año es claramente insuficiente para que todos los afectados por una litigiosidad masiva tengan puntual conocimiento de la existencia de una sentencia definitiva –¡y firme!– para solicitar la extensión de efectos” (CALAZA LÓPEZ, Sonia, “El realismo mágico del nuevo proceso civil”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 61).

profesional, pues, en caso de que no responda en el plazo indicado se entenderá que se conforma con la solicitud de extensión de efectos (art. 519.3 LEC).

En los cinco días siguientes el tribunal dictará auto accediendo a la solicitud de extensión de efectos o rechazándola. En el primer caso, es posible que el tribunal acceda a la extensión total de los efectos de la sentencia o solo a parte de esta<sup>251</sup>. En dicho supuesto, si ha habido oposición por parte del demandado, el tribunal se pronunciará sobre las costas procesales en los términos previstos en el artículo 394 LEC. En cambio, si se rechaza la solicitud de extensión de los efectos, el tribunal no efectuará pronunciamiento sobre las costas. Cabe entender que la norma se refiere a cuando la solicitud de extensión sea inadmitida a trámite por no cumplir los presupuestos procesales que sean controlables de oficio por el juez. En cambio, si se rechaza la solicitud de extensión de efectos tras estimar la oposición del demandado, entiendo que debería haber pronunciamiento sobre las costas procesales.

Evidentemente, si se rechaza la solicitud de extensión de efectos, por no cumplir los requisitos para aplicar esta técnica procesal, el solicitante ha de poder presentar demanda de proceso declarativo si no ha acudido previamente a la vía judicial.

En todo caso, el auto que resuelva la solicitud de extensión de efectos será susceptible de apelación, con tramitación preferente (art. 519.5 LEC.).

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, María José, “Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al pleito testigo en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas”, *Práctica de Tribunales*, núm. 146, 2020.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia, “El realismo mágico del nuevo proceso civil”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, “Cuestiones prácticas del art. 438 LEC antes y después de la reforma”, *Práctica de Tribunales*, núm. 160, 2023.
- MORENO GARCÍA, Lucía, “Previsiones de reformas legislativas en los litigios con consumidores”, en HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco y LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (Dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2022.

---

<sup>251</sup> De accederse a la solicitud de extensión de efectos, se prevé que, si en el plazo de veinte días del artículo 548 LEC el condenado no efectuara el ingreso en la cuenta designada por el solicitante, “la parte interesada podrá instar la ejecución del auto que acuerde la extensión de efectos, para lo que servirá de título ejecutivo el testimonio del auto que acuerde la extensión de efectos” (art. 519.6 LEC).

- MORENO GARCIA, Lucía, “El pleito testigo como herramienta para hacer frente a la litigación en masa en condiciones generales de la contratación”, en RUBIO SÁNCHEZ, Ana (Dir.), *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, “Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021.
- SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo, “Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva. La eficiencia y los límites negativos a la libertad del legislador procesal civil”, en PEREIRA PUIGVERT, Silvia y PESQUEIRA ZAMORA, María Jesús (Dirs.), *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- VV. AA., “Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil”, *Diario La Ley*, núm. 10222, de 6 de febrero de 2023.

# ¿MEDIACIÓN VOLUNTARIA U OBLIGATORIA?: ANÁLISIS DE UN DEBATE INACABADO

Almudena VALIÑO CES

Profesora Ayudante Doctora (acred. Contratada Doctora) de Derecho Procesal  
Universidade de Santiago de Compostela

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la mediación se ha situado en un lugar relevante en el sistema de justicia, debido a su utilidad para resolver ciertas controversias y, además, por determinadas bondades que conlleva frente a la vía judicial. Incluso, cabe señalar que esta institución es necesaria en una sociedad en la que todos los problemas, o casi todos, se resuelven en los tribunales a través de la decisión de un tercero. Por tanto, la existencia de la vía judicial, tal y como entiende CARRETERO MORALES, no tiene por qué limitar o anular la posibilidad de valerse de esta otra vía de resolución que, en atención a determinadas circunstancias y a la propia naturaleza del conflicto, puede incluso resultar más adecuada que el propio proceso<sup>252</sup>. Y esto porque acudir a ella no ha de plantearse como una disyuntiva rígida y absoluta al proceso judicial, pues “*en ningún caso implica rehuir o dejar de lado*”<sup>253</sup> su utilización.

Así las cosas, cuando hablamos de mediación, nos estamos refiriendo al medio para resolver controversias, en el que dos o más partes tratan voluntariamente de lograr por sí mismas un acuerdo con la intervención de un tercero<sup>254</sup>. Por tanto, se puede afirmar que se trata de un procedimiento en el que un tercero neutral, imparcial e independiente, asiste y ayuda a dos o más personas inmersas en un conflicto a encontrar por sí mismas una solución consensuada que le ponga fin, de forma que se satisfagan las necesidades e intereses de cada una de ellas<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 40.

<sup>253</sup> CARRETERO MORALES, E., “La adecuación de la mediación y los métodos alternos de solución de controversias como instrumentos para la salvaguarda de los derechos”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 30, mayo-agosto de 2017, pp. 43 y 44.

<sup>254</sup> Tal y como prevé el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM).

<sup>255</sup> Es numerosa la doctrina que ha definido a esta institución. A modo de ejemplo, para COLOMER FERNÁNDEZ la mediación conlleva “*la existencia de un procedimiento formalizado para el intento de lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto y, además, supone la intervención de un tercero, el mediador, ajeno a la controversia y que actúa acercando a las partes y facilitando la posibilidad de llegar a ese acuerdo*” (COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 379). En línea semejante, VINYAMATA concibe la mediación como un “*proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial y neutral, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto*” (VINYAMATA, E.,

Nos encontramos ante una institución que ha sido definida a partir de una serie de principios que le dan forma y que son, en mayor o menor medida, universalmente conocidos. La legislación de los Estados en los que la mediación goza de protagonismo acostumbra a regular estos principios, máxime cuando sobre ellos se estructura la intervención de las partes en el procedimiento mediador. En palabras de ORTIZ PRADILLO: *“los principios rectores de una determinada figura jurídica constituyen las notas características que lo diferencian del resto de figuras e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Representan el armazón sobre el cual se irán asentando las distintas disposiciones jurídicas definitivas de esa figura, y de las cuales se derivarán, en su caso, trascendentales garantías, derechos y obligaciones para quienes se valgan de ella”*<sup>256</sup>.

Entre los principios rectores de la mediación cabe resaltar el de la voluntariedad, en tanto constituye el punto de partida y la esencia de esta institución. Ahora bien, el carácter voluntario de este método ha sido puesto en cuestión en diversas ocasiones, toda vez que no se logra alcanzar un uso mayoritario de esta institución. Y es que, ante el incremento de los niveles de litigiosidad de los últimos años, se pretendía derivar conflictos a mediación al considerarse una vía de solución y un alivio para muchos de los problemas de la Administración de Justicia.

Es por ello que en las líneas que siguen se ahonda en la disyuntiva de prever la voluntariedad o la obligatoriedad de la mediación como una medida adecuada para paliar las consecuencias negativas ocasionadas por la lentitud en la resolución de los procesos judiciales, la cual deriva, a su vez, de los altos índices de litigiosidad que saturan el sistema de justicia civil. En definitiva, se trata de determinar si la obligatoriedad de acudir a mediación, o incluso preverla como requisito de procedibilidad en ciertos asuntos, constituye una medida adecuada para lograr la eficiencia procesal del sistema judicial.

## **2. LA VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN SEGÚN LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO**

El principio de voluntariedad y libre disposición constituye la clave de bóveda de la mediación, en tanto configura las bases de la autodeterminación, aspecto fundamental para que las personas sean capaces de gestionar sus propios problemas y se responsabilicen de sus actos. Por tanto, en este escenario, la

---

*Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2013, p. 17). En términos similares, MOORE entiende que la mediación consiste en la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutral, sin poder de decisión, en una controversia o negociación, a fin de ayudar a las partes a alcanzar voluntariamente un acuerdo propio y mutuamente aceptable acerca de los puntos en disputa (MOORE, C., *El proceso de mediación*, Granica, Barcelona, 1995, p. 43 y ss.) y SUARES la concibe como un procedimiento flexible, con una tercera parte (el mediador) que ayuda a las otras partes “disputantes” a alcanzar un acuerdo (SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996).

<sup>256</sup> ORTIZ PRADILLO, J. C., “Estudio doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2135, año LXV, octubre de 2011, p. 8.

autonomía de la voluntad se determina como una pieza capital de la mediación. Así lo entiende VILALTA NICUESA, cuando manifiesta que la voluntad de las partes en el procedimiento es “*un principio cardinal de la mediación, como institución consensual que es*”, además no deja lugar a dudas cuando afirma que el procedimiento y los acuerdos adoptados “*obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes*”<sup>257</sup>.

A este respecto, es claro no sólo el artículo 6.1 LM –la mediación es voluntaria–, sino también su Preámbulo: “*El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador [...]*”. En puridad, este principio está presente durante todo el desarrollo de la mediación, es decir, se manifiesta tanto en la decisión de comenzar el procedimiento o de continuar en el mismo, durante el tiempo que las propias partes consideren adecuado, como en la decisión de aceptar un acuerdo.

A la vista de lo acabado de exponer, este principio se puede analizar desde una doble perspectiva: la relativa a las partes y la relativa al mediador. En cuanto a la primera, este precepto dispone que la mediación es voluntaria, pero va más allá y añade que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. Esto significa que las partes pueden decidir poner fin al procedimiento o bien cesar en su participación en él en cualquier momento. En consecuencia, no se puede obligar a las partes a acudir a mediación o a permanecer en ella, en contra de su voluntad, cuando realmente prefieren resolver su controversia de otro modo o cuando, a su juicio, no hay posibilidad de lograr acuerdo alguno.

Respecto a la segunda perspectiva, la relativa al mediador, el mismo precepto puede plantear dudas acerca de su supuesta voluntariedad. Sin embargo, el artículo 13.3 LM despeja cualquiera que pueda surgir, dado que prevé que el mediador puede renunciar a desarrollar la mediación, esto es, puede declinar su nombramiento como mediador en la controversia de que se trate. En este caso, no necesita alegar causa alguna, sino que sería suficiente que su decisión la hiciese constar en un acta que entregaría a las partes. Además, una vez iniciada la mediación, el tercero puede suspenderla o darla por terminada en el supuesto de que concurran determinadas circunstancias, como son las previstas en el apartado 5 del referido precepto<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup> VILALTA NICUESA, A. E., “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011, p. 42.

<sup>258</sup> Nos referimos a las siguientes: “a) *Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.*

b) *Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.*

c) *Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación”.*

La inclusión de este precepto se puede considerar un acierto del legislador, en la medida en que puede responder, por un lado, a la necesidad de dar por finalizada la mediación cuando el mediador observe que no es apropiada o incluso legal o, por el otro, a la sensibilidad de éste con las personas que participan en ella. Y ello porque, en ocasiones, la continuación del procedimiento puede causar un mayor enquistamiento del problema en lugar de aportar alguna solución o, sencillamente, puede no ser posible.

Con ello y con todo, la voluntariedad inicial de acudir a mediación puede verse alterada por las llamadas "*cláusulas de sumisión a la mediación*", a través de las cuales las partes se comprometen a someter a mediación las posibles controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica<sup>259</sup>. A este respecto, es claro el apartado 2º del artículo 6 en el que se prevé: "*Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste*"<sup>260</sup>.

En puridad, este compromiso de acudir a mediación deriva, no ya de la Ley, sino directamente de la voluntad de las partes. Son ellas quienes deciden voluntariamente estipular ese pacto de mediación, sin perjuicio, claro está, de que, si una de ellas no tiene intención de resolver el conflicto a través de este método, no pueda resultar obligada a mantenerse en él. En estos casos, la voluntad de someterse a mediación no puede sobreentenderse de ninguna actuación de las partes, a diferencia de lo que sucede en el arbitraje –artículo 9.5 LA–, en el que se considerará que hay convenio arbitral cuando su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

En cualquier caso, con este pacto avanzan las partes que sus controversias presentes y futuras deberán ser sometidas a un procedimiento mediador. De esta

---

A este respecto, *vid.* GONZÁLEZ PILLADO, E., "Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 360.

<sup>259</sup> GINEBRA MOLINS, M. E. y TARABAL BOSCH, J., "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación", *InDret*, 4/2013, p. 8. Este tipo de cláusulas tiene sentido esencialmente en aquellos ámbitos en los que la mediación no se configura legalmente como obligatoria. Teniendo en cuenta que el legislador español ha optado por un modelo voluntario, no se puede obviar que el carácter transfronterizo de un conflicto puede obligar a acudir a mediación en función de cuál sea la ley que resulte aplicable.

<sup>260</sup> Con relación a la parte final de este precepto –"*Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste*"–, cabe señalar que con base en la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral respecto del contrato en el que se halle incorporada, se puede señalar que en este caso existe una adaptación (*vid.* artículo 22.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje –en adelante, LA–). En consecuencia, el pacto de mediación, como contrato que es, debe considerarse como un negocio jurídico independiente del contrato en el que esté incorporado, de manera que la nulidad de uno no tiene por qué afectar a la del otro.

manera, se está admitiendo tanto el pacto de mediación *ex ante litis* como el pacto de mediación *ex post litis*. Ahora bien, en la medida en que las partes desean que sus controversias se traten de solventar pacíficamente a través de la mediación antes o en lugar de acudir a los tribunales o a otra vía extrajudicial, será preferible que lo pacten *ex ante* de este modo, es decir, que acudan a la mediación en primer lugar y en su defecto a la vía judicial o extrajudicial que deseen. A pesar de ser ésta la mejor opción, tal y como se señaló, también cabe la posibilidad de pacto *ex post litis*, partiendo de la naturaleza autocompositiva y dialogada de la mediación, además de su carácter voluntario a lo largo de todo el procedimiento. Estas características permiten que las partes, en el momento en que surja el conflicto, acudan a mediación de buena fe y lo hagan convencidas de sus beneficios, lo que sin duda contribuirá a que el acuerdo sea factible. Sin embargo, esto no es un impedimento para que, una vez iniciada la mediación, las partes entiendan que ésta no es viable o puedan abandonarla y darla por finalizada. Sea como fuere, una vez que las partes acuden a mediación, como resultado del pacto previo de sumisión, se está impidiendo que, mientras ésta no finalice, acudan en paralelo al proceso judicial. De esta manera, la mediación debe de ser la primera opción y solo si no tiene éxito, es decir, si no se logra un acuerdo, podrá acudirse posteriormente a la vía judicial.

En cualquier caso, los pactos o cláusulas de sometimiento a mediación deben circunscribirse a intentar la mediación. Se trata de una obligación de actividad, pero no de lograr un resultado que solvete la controversia, pues de ser éste el caso, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución Española. Y es que la imposición de acudir a este método de resolución extrajudicial de conflictos no puede hacerse de modo preceptivo, porque de ser así la parte obligada nunca concluiría un acuerdo y perjudicaría el procedimiento mediador, máxime cuando su esencia es el sometimiento voluntario y el deseo de las partes de resolver por sí mismas su controversia. A este respecto, se pronuncia MARTÍN DIZ: *“la mediación no puede ser impuesta nunca, ni mediante una cláusula contractual, ni mediante un contrato expresamente realizado al efecto, ni por remisión de oficio del juez u otras autoridades con competencias en materia de Justicia. El acceso a la mediación ha de ser facultativo y consensual. Este tipo de cláusulas solo podrá generar una obligación de medios y no de resultado con respecto a la resolución final de cualquier conflicto resultante del contrato en el cual se encuentren integradas”*<sup>261</sup>. En la misma línea, GARCÍA VILLALUENGA considera que el hecho de imponer la mediación, aun cuando tenga su origen en la autonomía de la voluntad, se opone al principio esencial de la voluntariedad, al que hay que atender en el momento en que se pactó la mediación y también, fundamentalmente, en el que tiene que desarrollarse<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid, 2010, p. 72.

<sup>262</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, p. 460.

En definitiva, es necesario recordar que en la mediación lo único que acuerdan las partes es que intentarán resolver su conflicto por este método alternativo, no que lograrán efectivamente un acuerdo. A este respecto, es clara la LM al contemplar esta limitada eficacia del compromiso y, por tanto, que las partes se obligan a acudir a una primera sesión, pero no a mantenerse en el procedimiento de mediación, toda vez que siempre dispondrán de la vía judicial.

### 3. A VUELTAS CON LA POSIBLE OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIACIÓN

Desde su inicio, el carácter voluntario u obligatorio de la mediación ha sido una de las cuestiones que más debates ha suscitado tanto entre la doctrina como para el legislador. Tanto es así, que en el primer Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles se configuraba como preceptiva y lo hacía por dos motivos: uno, porque las partes voluntariamente habían pactado una cláusula de sumisión a mediación, tal como señalaba su artículo 7, en cuyo caso, la obligación de acudir al intento de mediación aparecía como resultado del pacto entre las partes y, dos, porque la Ley lo contemplaba expresamente. Pese a ello, y tal y como venimos de reflejar, la LM eliminó la obligación legal de acudir a mediación, inclinándose por la voluntariedad.

Lo cierto es que *a priori* se puede entender acertada la decisión del legislador estatal, no solo porque la propia esencia de la mediación tiene un mal encaje con un desarrollo posterior no aceptado voluntariamente por las partes, sino porque, además, su pretendida obligatoriedad acabaría por transformarla en un mero trámite y en un presupuesto más de todo proceso<sup>263</sup>. Tal y como determinaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles, la obligatoriedad implicaba restablecer el antiguo régimen de la conciliación obligatoria previa a la demanda que fuera suprimido por el artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y además se consideraba dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redundase por sí solo en una verdadera reducción de la litigiosidad<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> A este respecto, PÉREZ DAUDÍ no considera que la obligatoriedad contribuya a disminuir el número de litigios, pues *“siempre habrá una parte que querrá aprovecharse de la lentitud (de la justicia estatal)”* (PÉREZ DAUDÍ, V., *“La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”*, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, pp. 231-270). En la misma línea, BARONA VILAR juzga esta posibilidad al considerar que la obligatoriedad de la mediación hace quebrar su naturaleza, a lo que añade que *“hacer de ella un mecanismo forzoso refuerza su condena al fracaso y otorga a la misma un valor de tutela controlada por el Estado, dirigida por el mismo y que pierde la fuerza de la libertad que la hizo nacer y perdurar”* (BARONA VILAR, S., *“La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de justicia”*, en BLASCO GASCÓ, F. P. *et al* (Coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente Luis Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 245 y 246).

<sup>264</sup> Tal como dispone el Informe del Consejo General del Poder Judicial, p. 96. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-Civil-y-Mercantil/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>

Un argumento que se defendía para rechazar la mediación preceptiva –en los términos señalados– es que suscitaba no pocas dudas acerca de la constitucionalidad, pues el hecho de forzar a las partes a acudir a una mediación previa podría impedir el derecho a la tutela judicial efectiva –tal y como ya se puso de manifiesto–, debido, entre otras razones, a que el coste de la mediación que la parte debe asumir podría conllevar un inconveniente para acceder a la Justicia.

Con ello y con todo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la opción de la obligatoriedad puede ser legítima, y entiende que lo será cuando no se impida a las partes el acceso al sistema judicial. En este sentido, cabe traer a colación la Directiva 2008, cuando en su artículo 5.2 permite a los Estados miembros establecer este carácter obligatorio de la mediación –en contra de su esencia– o someterla a incentivos o sanciones, siempre que no se impida el acceso a la vía judicial. Por tanto, el hecho de que una normativa nacional disponga la obligatoriedad del recurso a un procedimiento alternativo de resolución de conflictos –lo que tradicionalmente conocemos como *Alternative Dispute Resolution* (ADR)–, en este caso a una primera sesión de mediación, con carácter previo al ejercicio de una acción judicial, en opinión de este tribunal, no vulnera el derecho del referido artículo 24, siempre que, entre otros requisitos relativos a la específica normativa enjuiciada, dicho procedimiento no conduzca a una decisión vinculante para las partes, no conlleve un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpa la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasione gastos o, de hacerlo, estos sean escasamente significativos para las partes<sup>265</sup>. En este sentido, ha habido países que han optado por prever elementos obligatorios en el procedimiento de mediación<sup>266</sup>. Ejemplo de ello es Italia, en donde se ha contemplado el intento de mediación como requisito previo al proceso, el cual se considera cumplido con la primera reunión, aunque no se alcance un acuerdo. Concretamente, se prevé la asistencia a una sesión inicial para determinadas materias, con la posibilidad de remisión por parte del tribunal a otras. Las materias en las que opera esta obligatoriedad son las contempladas en el artículo 5 del Decreto Legislativo de 4

---

A este respecto, MONTES REYES señalaba que “*las partes acudían a él sin verdadero ánimo conciliatorio, sino sólo para cumplir un presupuesto necesario para que la demanda fuera admitida*” (MONTES REYES, A., “Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 1986, pp. 270 y 271).

<sup>265</sup> Este Tribunal se está refiriendo a los límites de la mediación obligatoria para evitar que ésta entre en conflicto con la tutela judicial efectiva. *Vid.* la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 18 de marzo de 2010: *Caso Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA* (fundamento jurídico 67).

<sup>266</sup> Para un análisis más profundo sobre la obligatoriedad en el Derecho comparado *vid.* AIGE MUTZ, M. B., “Obligatoriedad y nuevas tecnologías en la mediación: estudio comparado”, en ARROM LOSCOS, R. (Dir.), *Mediación Civil, Mercantil, Penal, Penitenciaria e Institucional 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 149-159.

de marzo de 2010<sup>267</sup>. De momento, este modelo parece que ha dado resultados positivos, tal y como lo demuestra el alto número de mediaciones llevadas a cabo en este país<sup>268</sup>.

En cualquier caso, sea como fuere, a nuestro juicio, la literalidad de la LM no conculca derecho alguno, en la medida en que el intento obligatorio de mediación tiene pleno encaje constitucional, pues solo se prevé instar a acudir a la sesión informativa de la mediación, no dificultando con ello el acceso a la jurisdicción.

#### 4. EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN: SU CONFIGURACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

La regulación de la mediación, a través de la LM y del posterior Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que la desarrolla, nació con el objetivo de configurar este método como un mecanismo autocompositivo adecuado para gestionar los conflictos surgidos entre sujetos de Derecho privado. No obstante, se constata que, tras más de una década de vigencia de esta normativa, la práctica de este método todavía no ha despegado y a pesar de sus múltiples beneficios, la mediación en materia civil y mercantil sigue utilizándose en un reducido número de casos.

Ante esta realidad, nuestro Gobierno es consciente de que no se ha conseguido desarrollar la potencialidad de esta figura. Por tal motivo –y tras la Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008, en la que el Parlamento Europeo pide a los Estados miembros que intensifiquen sus esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación en litigios civiles y mercantiles–, el Ministerio de Justicia pretendió aprobar una nueva regulación que posibilitase dar un mayor impulso a esta figura. Para alcanzar este cometido, comenzó su tramitación –al haber sido informado por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2019–, el Anteproyecto de Ley de impulso de la Mediación<sup>269</sup>, a

---

<sup>267</sup> Estas materias vienen referidas a: condominio, derechos de propiedad, división, sucesiones hereditarias, pactos familiares, arrendamientos, préstamos, arrendamiento de empresas, indemnización por daños resultantes de responsabilidad médica y sanitaria y difamación por medios de la prensa o por otros medios de publicidad, contratos de seguros, banca y finanzas, empresa de personas y subcontratación.

<sup>268</sup> A este respecto, cabe destacar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017, *Caso Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli contra Banco Popolare Società Cooperativa* (Asunto C-75/16), mediante la cual se resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Esta resolución viene motivada por las dudas que se le suscitan al Tribunal Ordinario de Verona respecto a la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la regulación italiana en materia de mediación, en la medida en que esta prevé la mediación como requisito de procedibilidad a la interposición de demandas en litigios promovidos por consumidores (fundamento jurídico 61). En concreto, este Tribunal declaró la conformidad con el Derecho de la Unión Europea de la legislación italiana que impone la obligatoriedad de la mediación.

<sup>269</sup> Para ahondar en ello: BELLIDO PENADÉS, R., “Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de Derecho privado en Derecho español (A propósito

través del cual se pretendía articular fórmulas abiertas y flexibles que contribuyesen a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desarrollo de las relaciones jurídicas entre particulares, al tiempo que contribuir a reducir los altos niveles de litigiosidad que actualmente existen en España, tal y como se dispone en su Exposición de motivos.

Así, este texto, siguiendo los modelos implantados en otros países como Italia, se alejaba del modelo de mediación actualmente vigente basado en su carácter exclusivamente voluntario, para proponer modificaciones que respondían al deseo de impulsar el uso de la mediación, de consolidar una “*cultura de la mediación*”<sup>270</sup>. De este modo, se optaba por el modelo comúnmente denominado de “*obligatoriedad mitigada*”, que configuraba como obligación de las partes un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas en el ámbito civil y mercantil o bien cuando el tribunal, en el seno de un proceso, considerase conveniente que las partes acudiesen a esta figura.

A este respecto, es necesario puntualizar que esta obligatoriedad consistía en que las partes recibirían del mediador información clara y precisa de la naturaleza de la institución, de la estructura del procedimiento y de los beneficios frente a la vía judicial<sup>271</sup>. Sin embargo, esto no suponía que las partes debían someterse a un procedimiento de mediación y llegar a un acuerdo.

En cualquier caso, este texto no prosiguió su tramitación y entiendo que en gran medida porque el “*impulso*” que anunciaba su título, se circunscribía al ámbito civil y, más concretamente, a aquellos supuestos que iban a acceder o habían accedido ya a la jurisdicción, por lo que se excluían otros ámbitos (educativo, laboral, administrativo, de consumo, etc.). Es por ello, por lo que podemos considerar que su alcance y contenido no eran suficientes para impulsar la mediación como se pretendía.

Dejando atrás este texto legislativo y con la mirada puesta en el futuro, cabe señalar que, en el marco de la Estrategia Justicia 2030, conectado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea Next Generation, el Consejo de Ministros aprobó en diciembre de 2020, el

---

del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, en BARONA VILAR, S., *Meditaciones sobre mediación (Med+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107-112.

<sup>270</sup> Además de Italia, en algunos países se ha optado por incorporar la obligatoriedad, no de forma general y absoluta, sino sectorialmente. Por ejemplo, “*en Austria se acepta la mediación obligatoria en los asuntos vecinales y en los relacionados con discapacitados; en Alemania los diversos Estados federales prevén la obligatoriedad en algunos casos y para algunas materias; en Rumanía se establece la asistencia obligatoria a la sesión informativa de la mediación antes de acudir a la vía judicial en un listado de asuntos; en Malta se acepta la mediación obligatoria en determinados asuntos de familia; en Croacia en materia de disputas familiares y laborales*” (BARONA VILAR, S., “La mediación y su espacio en el habitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿más o menos protagonismo?”, en BARONA VILAR, S., *Meditaciones sobre mediación (Med+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 51).

<sup>271</sup> Tal y como prevé la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación.

Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia . En abril de 2022 se aprobó como Proyecto de Ley <sup>272</sup> y a principios de este año se publicó como Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. A través de ella se apuesta por el intento de solucionar los conflictos de forma extrajudicial antes de dar inicio al proceso judicial. Concretamente, con esta Ley se trata, entre otras cuestiones, de potenciar la capacidad negociadora de las partes, para lo que se introducen los medios adecuados de solución de controversias (MASC).

Uno de los aspectos novedosos más relevantes de esta norma reside en la previsión del intento obligatorio de actividad negociadora previa al proceso, es decir, se aboga por el intento de acuerdo previo a la vía litigiosa<sup>273</sup>. Con el propósito de promover un cambio cultural que favorezca una mayor utilización de estos métodos, se contempla la obligatoriedad de acompañar a la demanda el documento que acredite haber intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial como requisito de procedibilidad, siempre y cuando se salvaguarde el derecho de acceso a la Justicia<sup>274</sup>.

Al hilo de este requisito de procedibilidad y desde una perspectiva general, es posible que la previsión de diversos medios permita agilizar el sistema judicial. Sin embargo, desde una perspectiva más concreta, lo que puede suponer una pronta reparación es probable que se convierta finalmente en un proceso más lento, más burocratizado y costoso. Y ello porque si esta cuestión se incorpora al proceso, tendremos ese intento extrajudicial de solución de controversias como condición de procedibilidad y, por tanto, no se admitirá la demanda hasta que no se acredite que ha existido tal intento, en unos casos se llegará a acuerdo y en otros no.

Ahora bien, ante esta situación, lo adecuado será prever un sistema de garantías o de un control ante una eventual mala praxis, y es que puede suceder que la acreditación de haber intentado el acuerdo con una mediación constituya un simple trámite vacío de contenido y acabe convirtiéndose en un requisito burocrático, más que en una oportunidad de solventar el conflicto con una mayor celeridad. Por tanto, el recurso a esta institución, con carácter general y en el

---

<sup>272</sup> Para profundizar: BELLIDO PENADÉS, R., “Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de Derecho privado en Derecho español (A propósito del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal)” ..., *op. cit.*, pp. 112-120.

<sup>273</sup> Tal y como se dispone en el Dictamen de la Comisión de Justicia en el que ha examinado el Proyecto de Ley y que se elevó al Senado, de este modo “*se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia*” (p. 12).

<sup>274</sup> El modelo obligatorio de intento de MASC para cualquier asunto civil o mercantil debe ser valorado desde el punto de vista de su compatibilidad con el derecho de acceso a la jurisdicción, que constituye la vertiente primaria y esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (*vid.* Informe sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de Justicia, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 22 de julio de 2021, p. 13).

mejor de los casos, puede valorarse como adecuada, al no imponer límites a las partes inmersas en la controversia. No obstante, es verdad que el hecho de introducir su obligatoriedad como requisito de procedibilidad antes de acceder a la jurisdicción civil, podrá convertirlo, tal y como acabamos de señalar, en una mera exigencia burocrática<sup>275</sup>.

En este sentido, observamos una vuelta a la necesidad de seguir una negociación previa a la interposición de la demanda, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 con anterioridad a su reforma de 1984, cuando la conciliación era obligatoria, al igual que se señaló *supra*. Lo cierto es que esta vuelta al pasado podría ocasionar algunos efectos negativos, como las dificultades para lograr la resolución de un conflicto o incluso el aumento de los costes, puesto que con este requisito se añade un paso previo al proceso, el cual no es gratuito. De esta forma, las partes van a tener que sufragar el coste de ese tercero, al igual que si van asistidas de abogado. Para superar este escollo y evitar que los litigantes con menos recursos económicos queden privados de la tutela jurisdiccional, será necesario introducir en el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita los honorarios de los terceros y de los abogados que asistan a las partes en la mediación.

A la vista de todo ello, resulta difícil observar la eficiencia, la simplificación y la eficacia. Más bien nos encontramos ante una burocratización de los trámites, una mayor lentitud y onerosidad. Además, el hecho de obligar a acudir a esa negociación puede frustrar la buena disposición a lograr un acuerdo, la cual se presume cuando se hace voluntariamente, pues al verte obligado en muchos casos simplemente irás para cumplir un trámite que permita avanzar e interponer la demanda.

## 5. CONCLUSIONES

No hay duda alguna de que, a lo largo de los años, el carácter voluntario de la mediación ha sido objeto de debate permanente. En la actualidad, la LM opta por la voluntariedad de esta institución, lo que cambia a la luz de la regulación prevista en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia que –a diferencia del anterior Anteproyecto que preveía un modelo de “obligatoriedad mitigada”–, se inclina por la conveniencia de

---

<sup>275</sup> Efectivamente, se corre el riesgo de que dicha exigencia se torne en mero requisito burocrático a cubrir y ello a pesar de que el texto de la futura Ley prevé “cortafuegos” a través de nuevos contenidos de lo que se entiende por mala fe procesal y de la noción de “abuso del Servicio Público de Justicia”. Tal y como indica ARROM LOSCOS: “Ambas indeseables conductas tienen consecuencias en materia de imposición de costas y en cuanto a la imposición de determinadas sanciones por cuanto el justiciable habría accedido a la Jurisdicción con el consiguiente gasto de recursos públicos y contribución a la sobrecarga del sistema, al no haber actuado éste conforme a la corresponsabilidad ciudadana que exige el Proyecto de Ley para la necesaria sostenibilidad el sistema” (ARROM LOSCOS, R., “El principio de voluntariedad en la mediación civil y mercantil; novedades legislativas a la luz del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal y Servicio Público de Justicia”, en ARROM LOSCOS, R. (Dir.), *Mediación Civil, Mercantil, Penal, Penitenciaria e Institucional 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 116).

establecer la mediación como presupuesto procesal previo y obligatorio a la interposición de demandas en el ámbito civil, salvo algunas excepciones. Por tanto, nos encontramos ante una regulación que pretende la implantación definitiva de la mediación como una institución complementaria de la Administración de Justicia para solventar controversias con mayor celeridad y con un menor coste, no solo económico sino también personal, para las partes, tratando de superar además el colapso de los juzgados españoles. Es por ello por lo que podríamos afirmar que la exigencia de la mediación como presupuesto de procedibilidad podría considerarse una buena medida para determinados asuntos. De este modo, podríamos no solo fomentar el uso de la mediación, ofreciendo a las partes mecanismos a través de los cuales solucionar sus conflictos de manera consensuada y satisfactoria, sino también, y como consecuencia de ello, contribuir a aliviar la carga de trabajo que soportan los órganos judiciales.

Ahora bien, también es menester señalar que con la configuración de la mediación como un requisito previo de procedibilidad se corre el riesgo de que se termine convirtiendo en un mero trámite burocrático, en un formalismo para acceder a la jurisdicción ordinaria y, por ende, en una dilación más para la lograr la tutela judicial efectiva. Para sortear este escollo, una opción podría ser la de articular una serie de incentivos para las personas que acudan previamente a la mediación.

Sea como fuere, en lo que sí debemos de estar de acuerdo es que la idea fundamental que debería subyacer consiste en que la preocupación principal del Estado debería residir en ofrecer respuestas más adecuadas de acuerdo con la concreta naturaleza de cada tipo de conflicto y lograr la mejora del acceso al sistema judicial. En fin, se debería poner todo el empeño en garantizar una “calidad” en la tutela de nuestros derechos, toda vez que la alta litigiosidad que existe se traduce, en muchas ocasiones, en una tutela judicial inefectiva.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

AIGE MUTZ, M. B., “Obligatoriedad y nuevas tecnologías en la mediación: estudio comparado”, en ARROM LOSCOS, R. (Dir.), *Mediación Civil, Mercantil, Penal, Penitenciaria e Institucional 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 121-164.

ARROM LOSCOS, R., “El principio de voluntariedad en la mediación civil y mercantil; novedades legislativas a la luz del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal y Servicio Público de Justicia”, en ARROM LOSCOS, R. (Dir.), *Mediación Civil, Mercantil, Penal, Penitenciaria e Institucional 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BARONA VILAR, S., “La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de justicia”, en BLASCO GASCÓ, F. P. *et al* (Coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente Luis Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BARONA VILAR, S., “La mediación y su espacio en el habitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿más o menos protagonismo?”, en BARONA

- VILAR, S., *Meditaciones sobre mediación (Med+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- BELLIDO PENADÉS, R., “Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de Derecho privado en Derecho español (A propósito del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal)”, en BARONA VILAR, S., *Meditaciones sobre mediación (Med+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.
- CARRETERO MORALES, E., “La adecuación de la mediación y los métodos alternos de solución de controversias como instrumentos para la salvaguarda de los derechos”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 30, mayo-agosto de 2017.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.
- GINEBRA MOLINS, M. E. y TARABAL BOSCH, J., “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, *InDret*, 4/2013.
- GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid, 2010.
- MONTES REYES, A., “Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 1986.
- MOORE, C., *El proceso de mediación*, Granica, Barcelona, 1995.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., “Estudio doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2135, año LXV, octubre de 2011.
- PÉREZ DAUDÍ, V., “La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012.
- SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996.
- VILALTA NICUESA, A. E., “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de

Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.  
VINYAMATA, E., *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2013.

# CUANDO ¿CAPERUCITA SE COME AL LOBO?... O SOBRE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO CIVIL<sup>276</sup>

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA

Profesor Titular Derecho Procesal

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: TIEMPOS REVUELTOS EN LA VIDA POLITICA DEL PAÍS Y NECESIDAD DE CLARIFICAR CUESTIONES ESENCIALES

Toda la ciudadanía, juristas o no, somos conscientes de la convulsa vida política que estamos viviendo en los últimos tiempos. El Estado de Derecho se ha mostrado en toda su amplitud, dando lugar a cambios sorprendentes de Gobierno, elecciones legislativas varias, configuraciones complicadas del Ejecutivo central, etc. En este contexto, los procesalistas, sin perjuicio de la incertidumbre reinante, nos hemos dedicado, los últimos años, a estudiar el Plan Justicia 2030 (en adelante, PJ 2030), presentado por el Ministerio de Justicia del Gobierno de coalición (PSOE-Unidas Podemos), en mayo de 2021, en un escenario mundial post-pandemia, que recoge un programa de trabajo, a 10 años, para impulsar el Estado de Derecho y el acceso a la justicia, en cuanto “palancas de transformación del País”, al tiempo que concreta el “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el Servicio Público de Justicia”, vinculado con las ayudas pertinentes de la UE<sup>277</sup>. Siguiendo aquél, en espera de una auténtica “revolución” en nuestro sistema de justicia, en busca de su eficiencia –objetivo que criticamos por superar la tradicional efectividad de la tutela judicial, vinculada con el artículo 24 Constitución

---

<sup>276</sup> Esta investigación se ha realizado en el marco de cuatro proyectos de investigación: (1) Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado “Ejes de la Justicia en tiempos de cambio” (IP Sonia Calaza López), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00, (2) “Transición Digital de la Justicia” (IP Sonia Calaza López), Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-I00, (3) Proyecto “Digitalización, Acceso a la Justicia y Vulnerabilidad de las personas mayores” (IP Ana Isabel Blanco García), de la Consejería de Educación y Universidades de la Generalitat valenciana, con REF CIGE/2022/104) y (4) Proyecto del Grupo de investigación consolidado (A), “Derechos fundamentales y UE. Retos actuales y futuros en la tutela de Derechos” (IP Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena), con REF GIC/IT 1455-22.

<sup>277</sup> Vid. las líneas básicas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el Servicio Público de Justicia en el siguiente link: <https://planderecuperacion.gob.es/> (última consulta 30 enero 2024). Por su parte, el PJ 2030: <https://www.justicia2030.es/> (última consulta 30 enero 2024). Para un análisis crítico completo del último, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, *La justicia de paz: nuevos tiempos, ¿nuevas(infra)estructuras? Disquisiciones ante la creación de las Oficinas de Justicia en los municipios en lugar de los Juzgados de Paz*, JM Bosh, Barcelona 2023, pp. 78 y ss.

Española (en adelante, CE), para perseguir la eficiencia del servicio público de justicia, copiando parámetros empresariales–, nuestro estudio, se ha centrado en el análisis de las tres leyes principales que preveía aquél: la Ley de Medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, la Ley de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia y la Ley de Medidas de eficiencia digital del servicio público de Justicia<sup>278</sup>. Sin embargo, y a pesar de que se llegaron a tramitar, como proyectos de ley, en el Parlamento las tres,<sup>279</sup> los acontecimientos políticos del país han hecho que ninguna de las tres haya visto la luz, sin perjuicio de que parte de sus contenidos han entrado en vigor mediante Decretos que ordenan una pluralidad de materias, muchas ajenas a nuestra materia. Así, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio<sup>280</sup>, introdujo algunos cambios en el proceso civil, el más importante el relativo al recurso de casación civil<sup>281</sup> y el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre<sup>282</sup> ha realizado reformas en todos los procesos (civil, penal, administrativo y laboral), incluso, en la jurisdicción voluntaria, ordenando, con exhaustividad, la digitalización de nuestro sistema de justicia. Luego, este último ha venido a sustituir la Ley de Medidas de eficiencia digital del servicio público de Justicia, que requería el PJ 2030, además de recoger algunos elementos que preveía la Ley de Medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. Sin embargo, el elemento estrella que ordenaba esta última, los “Medios Adecuados de Solución de Conflictos” (en adelante, MASC) –para identificar los mecanismos extrajudiciales, tradicionalmente llamados *Alternative Dispute Resolution* (en adelante, ADR)–<sup>283</sup> no ha visto aún la luz; no sabemos si es por la situación política convulsa en la que vivimos o porque el legislador no ve clara su ordenación. En este sentido, ha

---

<sup>278</sup> Sin perjuicio de que el PJ-2030 también alude a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>279</sup> Publicadas en el Boletín del Congreso de los Diputados, la primera (a la que nos referiremos como PLEPSPJ), el 22 de abril de 2022 ([https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF)), la segunda, en la misma fecha ([https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-98-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-98-1.PDF)) y la tercera ([https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-116-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-116-1.PDF)), el 12 de septiembre de 2022.

<sup>280</sup> Por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

<sup>281</sup> Expone críticamente, su contenido básico, PICÓ I JUNOY, Joan, “Reflexiones críticas de urgencia sobre la reciente reforma de la casación civil”, *Diario La Ley*, núm. 10325/2023.

<sup>282</sup> Por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

<sup>283</sup> Sobre su configuración, en este contexto, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, “¿Justicia sin jueces?: los llamados «medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional»”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60/2023.

sido muy polémica su previsión como requisito de procedibilidad en el proceso civil. Configuradas las técnicas ADR como las “salvadoras” de la jurisdicción, siendo aquéllas la buena de la película (la “caperucita” a la que alude el título de este capítulo) y el Poder Judicial, el malo (el “lobo” del cuento), parece que parte de la doctrina –como veremos, en este estudio, aludiendo a sus argumentos– no ha entendido esta construcción. Nos proponemos defenderla –en determinadas condiciones– en el espacio que nos queda. Para ello, en primer lugar, realizaremos una aclaración terminológica para, a continuación, incidir en la relación que, a nuestro juicio, deben detentar los mecanismos extrajudiciales y el Poder Judicial en un Estado de Derecho desarrollado. Culminaremos con la apreciación de las bondades e inconvenientes de la previsión de las técnicas ADR como requisito de procedibilidad en el proceso civil.

## **2. SOBRE LA DENOMINACIÓN DE LOS MECANISMOS EXTRAJUDICIALES Y SU RELACIÓN CON LA VÍA JUDICIAL**

### **2.1. Cuestiones esenciales y anudadas**

No compartimos la denominación empleada por el legislador para llamar a las técnicas extrajudiciales (MASC), porque puede dar pie a considerar que el Poder Judicial no es un mecanismo adecuado, cuando realmente lo es, sin perjuicio de que, en algunos casos, sea más beneficioso para las partes acudir a una técnica extrajudicial. Además, como llevamos tiempo diciendo<sup>284</sup>, la jurisdicción y los mecanismos extrajudiciales son complementarios, aportando unos al otro y viceversa. Incidimos en las dos ideas.

### **2.2. Los mecanismos extrajudiciales son complementarios de la vía judicial y no son siempre adecuados**

Las técnicas extrajudiciales, originariamente llamadas ADR, y caracterizadas por surgir y desarrollarse conforme a la voluntad de las partes, para solventar los conflictos jurídicos fuera de los tribunales, con beneficio para ambas partes (*win-win*), evitando las debilidades de la jurisdicción, son ahora denominadas, por el prelegislador español, en el PLEPSPJ, MASC y definidas como “*cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral*” (art. 1). Ciertamente es que, en el entorno anglosajón, la evolución de las técnicas extrajudiciales y, especialmente, su implementación en el contexto judicial –dando lugar a lo que se denomina *Court-annexed ADR* o *Court-related ADR*<sup>285</sup>– llevó a algún autor a defender una nueva designación –*Adequate Dispute*

---

<sup>284</sup>Así, entre muchos, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, “Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajudiciales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, núm. 3/2017.

<sup>285</sup>Refiriéndose a las técnicas extrajudiciales empleadas en el contexto judicial, es decir, a punto de iniciarse un proceso o una vez iniciado éste. En la doctrina, por todos, REUBEN, R.C.,

*Resolution*– aprovechando las siglas tradicionales (ADR)<sup>286</sup>, sin embargo, la propuesta no se consolidó. Es más, en buena lógica, atendiendo a su relación con el Poder Judicial, a su configuración y empleo en el marco del ejercicio de la función jurisdiccional, en su cuna, preponderó el término de *Complementary Dispute Resolution* (CDR)<sup>287</sup>, alterando las siglas iniciales. Ello, porque las técnicas extrajudiciales no son siempre adecuadas para resolver los conflictos; simplemente, porque no se pueden utilizar –básicamente, en los conflictos indisponibles– o porque las partes, libremente, conforme a su autonomía de la voluntad, no las quieren utilizar. Además, es indudable que los mecanismos extrajudiciales son fórmulas complementarias al Poder Judicial, al que vienen a mejorar, para ofrecer un mejor servicio de justicia a la ciudadanía, integrado éste por el Poder Judicial y por los mecanismos extrajurisdiccionales. De ahí que nosotros seamos partidarios de utilizar el término “Medios Complementarios de Solución de Conflictos” (con su acrónimo, MCSC), para referirnos a las ADR, sin desmerecer –en absoluto– este último vocablo, que es el genuino y mundialmente conocido, presuponiendo siempre que, en un Estado de Derecho, como el nuestro (art. 1 CE), todo mecanismo extrajudicial es complementario de la vía judicial, cuyo auxilio y control requiere, para ser eficaz, como apuntaremos, a continuación.

### **2.3. El sistema estatal de justicia o la diversificación de los mecanismos de resolución de conflictos: la libertad como eje y el poder judicial como centro**

En la discusión esencial de nuestra materia –cómo mejorar la jurisdicción–, nosotros, siempre hemos defendido que, por más medios personales y materiales que dediquemos al Poder Judicial, éste siempre va a mostrar las mismas o parecidas debilidades (naturaleza adversativa y efectos consiguientes; tecnicismo; fuente de futuros conflictos, etc.), de ahí que hayamos postulado el desarrollo de la desjudicialización de la resolución de los conflictos jurídicos.

---

“Constitutional gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice”, *UCLA Law Review*, núm. 47/2000 y BABER, C.L., “Alternative Dispute Resolution in the United States District Court for the Northern District of Oklahoma”, *Tulsa Law Journal*, vol. 36/2001.

<sup>286</sup>Lo atestiguan, entre muchos, AAVV (Ed. FRIED SCHNITMAN, Dora), *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*, Granica, Barcelona 2000, p. 162 y SASTRE IBARRECHE, Rafael, “Técnicas e instancias mediadoras en la resolución de los conflictos de trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11/2006.

<sup>287</sup>Habiendo surgido servicios u oficinas de “Complementary Dispute Resolution”. Por ejemplo, en New Jersey: <https://www.aboutrsi.org/library/new-jersey-office-of-complementary-dispute-resolution> (última consulta 30 enero 2024). En este sentido, en la actualidad, en España, CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, “Presentación: cuando los medios extrajudiciales de resolución de controversias entran por la puerta: ¿la jurisdicción salta por la ventana?”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 25 y ss.

Sucintamente, los elementos esenciales de nuestra construcción, son los siguientes: (1) El Estado debe ofrecer a la ciudadanía una pluralidad de mecanismos de resolución del conflicto jurídico, cuantos más mejor, siendo uno el Poder Judicial y el resto, las técnicas ADR; (2) las partes del conflicto concreto deben libremente elegir el mecanismo concreto, conforme a sus necesidades, siendo, incluso, posible la creación de una técnica extrajudicial *ad hoc*, siempre con respeto a la legalidad; al respecto, identificamos la libertad –valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1 CE)– como el alfa y omega de las técnicas ADR; (3) el Poder Judicial es esencial y centro de este sistema de justicia, en primer lugar, porque siempre ha de poder ser utilizado por las partes (tanto en conflictos disponibles, como en indisponibles), en cuanto es la forma de satisfacer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, en segundo, e igual de importante, porque en un Estado de Derecho, como el nuestro, todos los mecanismos ADR deben tener el auxilio y control del Poder Judicial, siendo este su máxima garantía; por último, (4) conforme al sistema de justicia que proclamamos, para su estudio, postulamos la evolución de nuestra materia –tradicionalmente, llamada Derecho procesal–, al albur del Derecho jurisdiccional diversificado<sup>288</sup>.

### 3. LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO CIVIL

#### 3.1. Coyuntura en la que se plantea la cuestión

Como hemos apuntado, el PLEPSPJ prevé, como norma general, en cuanto condición el inicio del proceso civil –para que se pueda admitir la demanda–, la obligatoriedad de acudir a un MASC<sup>289</sup>. Sirven para cumplir este requisito o

---

<sup>288</sup>Con más detalle, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, “Examen crítico del nuevo «sistema estatal de resolución de conflictos»: el (cuestionado) rol de los Medios Adecuados de Resolución de Conflictos y la centralidad del Poder judicial en el mismo. Sobre su relación y aportación al conjunto”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, LÓPEZ YAGÜES, Verónica, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, La Ley, Madrid 2023, pp. 229 y ss.

<sup>289</sup>Excepcionalmente, no se requiere en los siguientes supuestos: tutela judicial civil de derechos fundamentales; las medidas civiles que se pueden adoptar para proteger a menores (art. 158 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil); la solicitud de autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico (art. 763 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –en adelante, LEC–); la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; la pretensión consistente en que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demanda; ingreso de menores, con problemas de conducta, en centros de protección específicos, de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y, por último, para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria (arts. 4.2 y 3).

presupuesto procesal<sup>290</sup> todos los MASC reconocidos por la ley, tanto el PLMEPSPJ, como cualquier ley sectorial. Discrepando con el legislador, consideramos *lege ferenda* que sirve cualquier técnica ADR que *actúe* conforme a ley, pudiendo las partes configurar –en los términos expuestos *supra*– el mecanismo concreto. Sea como fuere, debe existir identidad entre el objeto de la negociación en la técnica extrajudicial y el objeto del litigio “*aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar*” (art. 4.1 PLMEPSPJ), interpretando esta disposición como que los hechos objeto del conflicto jurídico deben ser iguales en el mecanismo extrajudicial y en el posterior pleito civil, pudiendo, *sensu contrario*, modificarse los fundamentos jurídicos o consecuencias que se derivan de los mismos<sup>291</sup>. En todo caso, se puede acudir a las técnicas extrajudiciales llamadas a cumplir el requisito de procedibilidad, a instancia de una de las partes o de las dos de común acuerdo<sup>292</sup>. Asimismo, si ambas partes están de acuerdo en acudir a un MASC, aunque no a cuál, se aplicará el criterio de *prior in tempore* (“*se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente*” (art. 4.4 II PLMEPSPJ)).

Del mismo modo, muestra de la relación Poder Judicial-mecanismos extrajudiciales, se prevé que la solicitud de una de las partes a la otra para iniciar una técnica ADR interrumpe la prescripción o suspende la caducidad de las acciones judiciales desde la fecha en la que conste el intento de comunicación de dicha solicitud a la parte requerida en el domicilio personal o lugar de trabajo que le conste al solicitante, o bien a través del medio de comunicación electrónico empleado por las partes en sus relaciones previas. La interrupción o suspensión se extiende hasta la fecha de la firma del acuerdo o, en su caso, hasta que se termine la negociación sin aquél. Se dispone, asimismo, el reinicio o reanudación de los plazos de prescripción o caducidad en el plazo de 30 días naturales, a contar desde la recepción de la propuesta por la parte requerida, si no se mantiene la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtiene respuesta por escrito (art. 6.1 PLMEPSPJ).

Se ordena, igualmente, el tiempo para instar la demanda civil pertinente en caso de fracaso del MASC y cumplido el requisito de procedibilidad: el plazo de 1 año, que se cuenta desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida

---

<sup>290</sup>Término utilizado, por la doctrina, en el entender de que es una circunstancia que debe concurrir para la eficacia de un acto posterior: la admisión de la demanda. Por todos, BANACLOCHE PALAO, Julio, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario la Ley*, núm. 9814/2021.

<sup>291</sup>En este sentido, MARTIN DIZ, Fernando, “Mediación y sistema de justicia: a propósito de las reformas legislativas para la eficiencia procesal de la administración de justicia y la incorporación de los denominados «medios adecuados de solución de controversias»”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 12/2022.

<sup>292</sup>Una vez iniciado el proceso civil también se podrá acudir a un MASC –aunque ya no cumplirá el requisito que nos ocupa– por derivación de un/a juez/a o letrado/a Administración de Justicia, siempre, con consenso, al respecto, de ambas partes, pues lo contrario, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

o, en su caso, desde la fecha de terminación del MASC sin acuerdo (art. 6.2.I PLMEPSPJ). También se prevé una norma especial para el supuesto en el que, al tiempo que se intenta un MASC, se solicita tutela cautelar judicial: se debe interponer la demanda civil ante el mismo órgano judicial al que se hubieran solicitado la tutela cautelar en los 20 días siguientes a la terminación de la técnica extrajudicial yerna o desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida en caso de que la propuesta inicial de acuerdo no obtenga respuesta (art. 6.2.II PLMEPSPJ).

Alimentando la seguridad jurídica, el legislador identifica tres casos en los que se considera que las técnicas ADR finalizan sin resultado (art. 9.4 PLMEPSPJ): (1) cuando transcurridos 30 días naturales desde la fecha de recepción de la propuesta, por la parte requerida, no se hubiera mantenido la primera reunión dirigida a la obtención de un acuerdo o no se hubiera obtenido respuesta por escrito, (2) cuando transcurran 3 meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin obtener acuerdo, sin perjuicio de que las partes pueden continuar, de mutuo acuerdo, negociando, por sí o con ayuda de un tercero neutral, más allá de dicho plazo y (3) cuando cualquiera de las partes se dirija a la otra, por escrito, dando por terminado el procedimiento negociador, “*quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad*”. En estos casos, y a los efectos de acreditar el cumplimiento del requisito que nos ocupa, el prelegislador diferencia, la negociación pura (realizada por las partes o sus abogados sin asistencia de tercero) del resto de técnicas extrajudiciales (art. 9 PLMEPSPJ). En ambos casos, se ha de recoger documentalmente, si bien en el primer caso sirve cualquier documento, firmado por ambas partes, en el que quede constancia de la identidad de las mismas —señalando específicamente la parte/s que formuló/aron propuestas iniciales—, la fecha y el objeto de la controversia. En el resto de técnicas extrajudiciales, el tercero que haya auxiliado a las partes en el procedimiento negociador, debe expedir, a petición de cualquiera de ellas, un documento en el que han de constar (1) la identidad del tercero, además de su cualificación, colegio profesional, institución a la que pertenece o registro en el que esté inscrito, (2) la identidad de las partes, (3) el objeto de la controversia, (4) la fecha de la reunión o reuniones mantenidas y (5) la declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el procedimiento, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente. En esta línea, se regula expresamente que, cuando la parte requerida no comparezca o rehúse a la invitación para acudir en el MASC, se tiene que apuntar la forma en la que se ha realizado la citación, la justificación de haber sido realizada y la fecha de recepción de la misma. Igualmente, se ha de consignar expresamente la inasistencia de la parte que instó la técnica extrajudicial. Además, en cuanto forma de reforzar los MASC como requisito de procedibilidad, se dispone que cuando resultan ineficaces, los tribunales deben tener en cuenta “*la colaboración de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de justicia*” cuando deciden sobre las costas (art. 6.3). En todo caso, fracasadas

aquéllas, en la demanda civil posterior se ha de hacer constar la descripción del procedimiento de negociación previo llevado a cabo, manifestando, al tiempo, los documentos que justifiquen que se ha acudido a aquél (art. 399.3 LEC). En coherencia, se modifica el artículo 403.2 LEC, para justificar que no se admitirán las demandas si no se cumple lo preceptuado en el artículo 399.3 LEC.

### 3.2. Lectura crítica

Conforme a nuestra formulación del Derecho jurisdiccional diversificado que regula el sistema estatal de resolución de conflictos, explicada *supra*, aplaudimos la iniciativa legislativa descrita, interpretándola como una verdadera opción por las técnicas ADR, en cuanto instrumento de mejora de la jurisdicción que al tiempo legitima socialmente y dota de eficacia y sostenibilidad al servicio público de justicia. Sin embargo, en defensa de nuestra postura es necesario remarcar dos elementos. Por una parte, que no se obliga a los justiciables a obtener un acuerdo, si no a intentarlo<sup>293</sup>. Luego, se coarta la libertad (alfa y omega de todo mecanismo extrajudicial) solo en parte, justificado por el interés común de extender la cultura de la solución extrajudicial de los conflictos y todas sus bondades en nuestro ordenamiento jurídico. Totalmente anudado, es importante abogar por el uso adecuado de las técnicas extrajudiciales, si realmente queremos que cumplan su función. Al respecto, es crucial la “buena fe” que requiere el diálogo de las partes, en todo el desarrollo de las ADR para que –como apunta la Exposición de Motivos del PLMEPSPJ– “no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos”.

Contraria a nuestra postura, existe una corriente contraria a emplear las técnicas extrajudiciales como “puerta de entrada a la vía judicial”. Son abundantes los argumentos que se esgrimen, al efecto<sup>294</sup>. Se recuerda, así, la historia procesal española, destacándose, especialmente, que la LEC de 1881 exigía una conciliación previa ante el propio órgano judicial que terminó convirtiéndose en

---

<sup>293</sup> Lo remarca, con soporte doctrinal, FERREIRO BAAMONDE, Xulio, “El abuso del servicio público de justicia y el recurso a los MASC como requisito de procedibilidad”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, p. 56.

<sup>294</sup> Contundente, al respecto, con pluralidad de argumentos, BONET NAVARRO, José, “Sobre los medios adecuados de solución de controversias como requisito de procedibilidad: crónica de un bluf anunciado”, AAVV (Dra. DÍAZ PITA, María Paula), *Horizonte justicia 2030: reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Tecnos, Madrid 2023, pp. 178 y ss. Considera que el prelegislador debería explicar su intención con esta medida, BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Los medios adecuados de solución de conflictos (MASC) en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Novedades y retos pendientes en un contexto de justicia deliberativa”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, LÓPEZ YAGÜES, Verónica, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, La Ley, Madrid 2023, p. 82.

facultativa, por sus “*resultados poco satisfactorios*”<sup>295</sup>. Se señala, además, la falta de cultura transaccional que caracteriza nuestro ordenamiento<sup>296</sup>. Se alude, asimismo, a la infracción o debilitamiento al derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto supone un retraso en el acceso a los tribunales, convirtiéndose, en muchas ocasiones, en un mero trámite burocrático<sup>297</sup>. Hay quien, incluso, apela al coste de las técnicas extrajudiciales, en cuanto los y las justiciables, conforme a la nueva regulación, deben abonar los horarios del tercero neutral y, en su caso, de sus letrados o letradas<sup>298</sup>.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (Ed. FRIED SCHNITMAN, Dora), *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*, Granica, Barcelona 2000.
- BABER, C.L., “Alternative Dispute Resolution in the United States District Court for the Northern District of Oklahoma”, *Tulsa Law Journal*, vol. 36/2001.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario la Ley*, núm. 9814/2021.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Los medios adecuados de solución de conflictos (MASC) en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Novedades y retos pendientes en un contexto de justicia deliberativa”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, LÓPEZ

---

<sup>295</sup>Lo destaca, BANACLOCHE PALAO, Julio, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *op. cit.* Inciden en ello, también, FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, “Los métodos alternativos de resolución del litigio como requisito de Procedibilidad”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 10/2022 y FELIÚ REY, Jorge, “La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2/2022.

<sup>296</sup>Muy crítico, en este sentido, BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro, “Los MASC: la última ocurrencia del legislador para desatascar la Administración de Justicia”, *Economist & Jurist*, 8 marzo 2021.

<sup>297</sup>Contundente, al respecto, en relación a la mediación, pero con postulados aplicables a cualquier MASC, MARTÍN DIZ, Fernando, “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137/2019. Muy interesante, demostrando que el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto, con alusión al Derecho español y comparado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, PÉREZ DAUDÍ, Vicente, “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Indret*, núm. 2/2019. Del mismo autor, “Los ADR como requisito de procedibilidad”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, LÓPEZ YAGÜES, Verónica, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, La Ley, Madrid 2023, pp. 39 y ss. Un análisis exhaustivo sobre la cuestión, BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, “Eficiencia procesal del servicio público de justicia: requisito de procedibilidad en el proceso civil y derecho a la tutela judicial efectiva”, AAVV (Dres. ASECIO MELLADO, José María, FUENTES SORIANO, Olga), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona 2023, pp. 379-388.

<sup>298</sup>Por todos, BUENDÍA CÁNOVAS, A., “Los MASC: la última ocurrencia del legislador para desatascar la Administración de Justicia”, *op. cit.*

- YAGÜES, Verónica, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, La Ley, Madrid 2023.
- BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Eficiencia procesal del servicio público de justicia: requisito de procedibilidad en el proceso civil y derecho a la tutela judicial efectiva”, AAVV (Dres. ASENSIO MELLADO, José María, FUENTES SORIANO, Olga), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona 2023.
- BONET NAVARRO, José, “Sobre los medios adecuados de solución de controversias como requisito de procedibilidad: crónica de un bluf anunciado”, AAVV (Dra. DÍAZ PITA, María Paula), *Horizonte justicia 2030: reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Tecnos, Madrid 2023.
- BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro, “Los MASC: la última ocurrencia del legislador para desatascar la Administración de Justicia”, *Economist & Jurist*, 8 marzo 2021.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, “Presentación: cuando los medios extrajudiciales de resolución de controversias entran por la puerta: ¿la jurisdicción salta por la ventana?”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023.
- FELIÚ REY, Jorge, “La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2/2022.
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio, “El abuso del servicio público de justicia y el recurso a los MASC como requisito de procedibilidad”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, “Los métodos alternativos de resolución del litigio como requisito de Procedibilidad”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 10/2022.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137/2019.
- MARTIN DIZ, Fernando, “Mediación y sistema de justicia: a propósito de las reformas legislativas para la eficiencia procesal de la administración de justicia y la incorporación de los denominados «medios adecuados de solución de controversias»”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 12/2022.
- ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, “Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajudiciales al Derecho

- jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, núm. 3/2017.
- ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, *La justicia de paz: nuevos tiempos, ¿nuevas(infra)estructuras? Disquisiciones ante la creación de las Oficinas de Justicia en los municipios en lugar de los Juzgados de Paz*, JM Bosh, Barcelona 2023.
- ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, “Examen crítico del nuevo «sistema estatal de resolución de conflictos»: el (cuestionado) rol de los Medios Adecuados de Resolución de Conflictos y la centralidad del Poder judicial en el mismo. Sobre su relación y aportación al conjunto”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, LÓPEZ YAGÜES, Verónica, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, La Ley, Madrid 2023.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente, “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Indret*, núm. 2/2019.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente, “Los ADR como requisito de procedibilidad”, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, Sonia, LÓPEZ YAGÜES, Verónica, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, La Ley, Madrid 2023.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “Reflexiones críticas de urgencia sobre la reciente reforma de la casación civil”, *Diario La Ley*, núm. 10325/2023.
- REUBEN, R.C., “Constitutional gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice”, *UCLA Law Review*, núm. 47/2000.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael, “Técnicas e instancias mediadoras en la resolución de los conflictos de trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11/2006.
- SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, “¿Justicia sin jueces?: los llamados «medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60/2023.

# LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ENTORNO ODR

Miren Josune PÉREZ ESTRADA  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad del País Vasco. UPV/EHU

## 1. EFECTOS DE LA TECNOLOGÍA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Los avances tecnológicos están teniendo un impacto significativo en la accesibilidad a la Justicia, democratizando el acceso a la información legal. Esto permite que las personas busquen recursos en línea para comprender sus derechos y obligaciones, explorar opciones legales frente a situaciones conflictivas y utilizar plataformas digitales para la resolución de problemas legales. Estos recursos facilitan la toma de decisiones rápidas y eficientes en la gestión de conflictos jurídicos.

La integración de nuevas tecnologías en el sistema judicial define la Justicia en este siglo XXI<sup>299</sup>. A la par, el crecimiento acelerado de las soluciones alternativas, complementarias o adecuadas de solución de los conflictos jurídicos (en adelante, MASC) complementa eficientemente la resolución tradicional de disputas legales ofrecida por el sistema judicial. Estas soluciones han adoptado rápidamente las nuevas tecnologías, permitiendo en ciertos casos la resolución totalmente telemática de los conflictos jurídicos mediante la Resolución de Disputas en Línea (en adelante, ODR, acrónimo en inglés de *On line Dispute Resolution*).

Las ODR (evolución tecnológica de las ADR-MASC, soluciones inicialmente alternativas y, posteriormente, adecuadas de solución de conflictos jurídicos<sup>300</sup>), al ser pioneras en la incorporación de tecnología, cumplen con las demandas que requiere una sociedad digital, ofreciendo mayor accesibilidad, rapidez y eficiencia. Sus características, como la universalidad y flexibilidad, encuentran en la tecnología una aliada perfecta, especialmente en conflictos jurídicos de carácter transnacional, como en el ámbito del transporte<sup>301</sup> o en casos relacionados con consumidores, ambos generadores de litigios significativos.

En consecuencia, la combinación de soluciones extrajudiciales y tecnología está transformando, o ya ha transformado, la forma en que se accede y resuelven los

---

<sup>299</sup> PÉREZ ESTRADA, Miren Josune, *Fundamentos jurídicos para el uso de la inteligencia artificial en los órganos judiciales*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2023.

<sup>300</sup> Al cambio de paradigma, a la “*mutación de la piel de la Justicia*”, como refiere BARONA VILAR, Silvia, “Métodos alternativos de resolución de conflictos en la sociedad digital y global del Siglo XXI”, *Diario La Ley*, núm. 9924, 2021, asistimos con las ODR que, como expresa la autora, son el resultado de la evolución tecnológica de las ADR-MASC, que “*más allá de tratarse de nuevos cauces o procedimientos, suponen un cambio de modus operandi, con nuevos protagonistas y nuevos principios*”.

<sup>301</sup> La solución alternativa del conflicto jurídico en el sector del transporte la estudia FONTESTAD PORTALÉS, Leticia, “Plataformas de resolución de litigios en línea: opciones para la solución extrajudicial de litigios en el sector del transporte aéreo”, en FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (dir.) y SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón (coord.), *Vías emergentes de solución extrajudicial de litigios en la Sociedad digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.

litigios. Este enfoque no solo alivia la carga de los tribunales, sino que también brinda a la ciudadanía una mayor participación en la resolución de sus conflictos legales, manifestando así su libertad individual y el principio tradicional de autonomía de la voluntad<sup>302</sup>.

La Justicia moderna se presenta como una entidad compleja y polifacética, donde los ciudadanos pueden elegir el enfoque, la herramienta o el sistema que mejor se adapte a sus necesidades y preferencias.

## 2. SURGIMIENTO DE LOS MASC EN LÍNEA Y PLATAFORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS

El surgimiento reciente de los Métodos Adecuados de Resolución de Conflictos (MASC) en línea (ODR) y las plataformas para resolver conflictos jurídicos constituye un fenómeno notable en los últimos años. Estos avances tecnológicos están modificando la manera en que individuos y empresas gestionan sus conflictos legales. Aunque estas herramientas tecnológicas ofrecen ventajas, como un acceso más fácil y una resolución más rápida de los conflictos jurídicos, también plantean desafíos significativos que afectan a la transparencia en su implementación y a la adecuada protección de los datos personales que se incorporan en estos sistemas en línea.

Las ODR son procesos para resolver conflictos jurídicos intersubjetivos que incorporan el uso de Internet y otras tecnologías, ya sea en línea o fuera de línea<sup>303</sup>. En las últimas tres décadas, el potencial de las ODR ha superado a los métodos tradicionales de resolución de conflictos como el ADR (Resolución Alternativa de Disputas), y se han diversificado con la introducción de la tecnología *blockchain* en contratos inteligentes<sup>304</sup>.

Ambos instrumentos las ODR y las plataformas para resolver conflictos jurídicos destacan por su uso avanzado de la tecnología de la información y la comunicación (TIC), lo que refleja una tendencia global hacia la incorporación de la TIC en la resolución de conflictos jurídicos con el objetivo de conseguir una mejor optimización de los procesos. Esto es especialmente relevante en la

---

<sup>302</sup> Reflexiona sobre esta cuestión MARTÍN DIZ, Fernando, "Justicia digital post-covid19: El desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial", en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, pp. 41-74.

<sup>303</sup> Una definición de las ODR puede ser "procesos de resolución de controversias que se desarrollan en el ámbito extrajudicial y/o parajudicial y que incorporan el uso de internet o cualquier otro tipo de tecnología de la información y/o comunicación (TIC) similar, para la prevención o resolución de controversias, las cuales puede haberse generado on-line u off-line" en KATSH, Ethan; RULE, Colin, "What we know about Online Dispute Resolution", *South Carolina Law Review*, vol. 67, núm. 2, 2016, pp. 329-344.

<sup>304</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia, "Blockchain y Smart contracts: ¿un ecosistema digital seguro al margen de la ley?", en COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (dir.), CATALINA BENAVENTE, María Ángeles y OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (coords.), *Uso de la información y de los datos personales en los procesos los cambios en la era digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 229-258.

situación de crecimiento del mercado interior europeo en línea, donde los tribunales de justicia tradicionales pueden resultar insuficientes<sup>305</sup>.

Estas herramientas aún tienen margen para aprovechar plenamente las nuevas tecnologías, como la negociación asistida o automatizada y la utilización de sistemas expertos, que están teniendo un notable auge y se están incorporando con rapidez en el sector privado. La próxima etapa en el desarrollo de la resolución de disputas en línea implica la integración de inteligencia artificial para anticipar soluciones o adelantar las posibilidades de éxito de la reclamación; la implementación de estos sistemas inteligentes tiene la finalidad de facilitar la negociación entre las partes<sup>306</sup>.

En resumen, las ODR constituyen una valiosa herramienta para la resolución de conflictos jurídicos, sobre todo, en materia de consumo en línea, pero todavía tienen margen para mejorar con la incorporación de tecnologías avanzadas, al objeto de optimizar los procesos de resolución de conflictos.

### **2.1. Aplicación de inteligencia artificial en ODR**

Precisamente, la inteligencia artificial puede desempeñar un papel crucial en los sistemas de Arbitraje y Mediación en línea (ODR). Sus aplicaciones abarcan diversos niveles, desde ayudar en la selección del tercero involucrado en la resolución del conflicto hasta la gestión de datos y predicciones que orientan las decisiones en los procesos arbitrales o de mediación. No obstante, la asignación de la capacidad de toma de decisiones a la inteligencia artificial en estos procesos sigue siendo un tema controvertido.

El avance tecnológico podría llevar a que la inteligencia artificial sea útil a la hora de valorar la utilización del sistema de arbitraje o decantarse por iniciar una mediación<sup>307</sup>, proporcionando información sobre posibilidades jurídicas, costos y beneficios en comparación con la vía judicial. Inicialmente, la IA podría tener un papel estratégico y prelitigioso al ayudar en la elección de la vía más adecuada para resolver un asunto. También podría ser valiosa para las partes y sus representantes legales al determinar la dirección del caso en el arbitraje o la mediación, así como para el procesamiento y análisis de datos, documentos y precedentes<sup>308</sup>.

La inteligencia artificial incluso podría contribuir en la selección y designación del árbitro o mediador, basándose en criterios o recomendaciones de las partes

---

<sup>305</sup> BOUZZO HAURI, Sebastián, “El uso de las nuevas tecnologías como forma de disminuir las barreras de acceso a la justicia del consumidor en Chile”, *Universitas Jurídica*, Vol. 72, 2023. Disponible en: [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/72\(2023\)/6722545018/index.html](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/72(2023)/6722545018/index.html), fecha de consulta: 29 de octubre de 2023.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 10-12.

<sup>307</sup> BUENO DE MATA, Federico, “Mediación electrónica e inteligencia artificial”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015.

<sup>308</sup> PAISLEY, Kathleen, SUSSMAN, Edna, “Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration”, *NYSBA NY Dispute Resolution Lawyer*, núm., 1, 2018.

para garantizar objetividad y transparencia. Finalmente, en la fase de conclusión de un proceso de Resolución de Conflictos en Línea (ODR), ya sea arbitraje o mediación electrónica, la inteligencia artificial podría asistir a los árbitros o mediadores en la preparación, redacción y estructuración del laudo o acuerdo, garantizando un abordaje adecuado del objeto del litigio y el cumplimiento de las normativas legales.

Para que estas aplicaciones sean efectivas, se requerirían modificaciones legislativas adaptadas a la realidad jurídica, social y tecnológica del momento. En última instancia, los ODR deben asegurar las mismas normas y principios generales que sus contrapartes presenciales u offline, es decir, cumplir con las exigencias procedimentales fundamentales, como los derechos y obligaciones del tercero neutral (árbitro o mediador)<sup>309</sup>.

## 2.2. I-Arbitraje o I-Mediación

La fusión de ODR con herramientas de inteligencia artificial plantea desafíos significativos, especialmente al conceder funciones decisorias a las herramientas tecnológicas en lugar de depender de personas para el arbitraje o la mediación en la resolución de conflictos jurídicos. Este escenario podría dar lugar al desarrollo de robots o avatares diseñados para desempeñar roles jurídicos, generando inquietudes sobre la posible superioridad de las máquinas en términos de eficiencia, en detrimento de las personas y de los derechos humanos<sup>310</sup>.

Los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos jurídicos, como ODR, ofrecen gran flexibilidad y están evolucionando hacia soluciones más avanzadas al incorporar herramientas de inteligencia artificial. La combinación de sistemas extrajudiciales en línea con la toma de decisiones por inteligencias artificiales en herramientas de mediación o arbitraje es lo que denominamos "i-arbitraje" o "i-mediación". Estas características confirman la flexibilidad de estas herramientas, siendo potencialmente útiles en un mundo donde la tecnología se ha vuelto esencial.

---

<sup>309</sup> En este sentido MARTÍN DIZ, Fernando, "Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial", *op. cit.*, pp. 62-62, propone, incluso, la "modificación legislativa en los arts. 15 de la Ley de Arbitraje y 16.1.a) de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, como un ejercicio de adaptación a la realidad jurídico-social y tecnológica del momento".

<sup>310</sup> LARSON, David Allen, "Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, núm. 1, 2010, pp. 105-163.

Como nos avanza BARONA VILAR, Silvia, "Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0.)", *Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones*, núm. 1, Vol. XI, 2018, p. 24, "...quizá en el futuro, la inteligencia artificial supere el pensamiento humano crítico, sus imperfecciones, y sea capaz de equilibrar eficiencia con derechos. De momento, genera una cierta inquietud ese paso de la creación de las máquinas con pensamiento humano a la conformación de los humanoides, a saber, de crear máquinas que creen su propio pensamiento y, por ende, su capacidad sui generis de resolver".

No obstante, se presentan barreras y desafíos. La tecnología no es infalible, pudiendo surgir problemas técnicos o errores en la programación. La eficacia de la inteligencia artificial también se evalúa en términos de la satisfacción de las partes involucradas en un conflicto jurídico, y la aceptación de los usuarios de sistemas gestionados exclusivamente por inteligencia artificial es una consideración crucial. Además, es esencial que las inteligencias artificiales puedan adaptarse a la complejidad y particularidades de cada caso, así como a los cambios normativos y sociales que puedan afectar al conflicto jurídico<sup>311</sup>.

### **3. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ENTORNO ODR**

La adopción de tecnologías emergentes, la digitalización y el empleo de inteligencia artificial ofrecen beneficios sustanciales, aunque simultáneamente plantean riesgos, especialmente en lo concerniente a la protección de la seguridad del usuario. Estas innovaciones están fuertemente vinculadas a la utilización de datos personales, lo cual podría exponer a los usuarios a la posibilidad de que terceros obtengan de manera indebida o perjudicial su información.

La información digital se considera un recurso fundamental para la innovación y el progreso, dando lugar a lo que se conoce como una economía basada en los datos. En respuesta a esta tendencia, se están estableciendo normativas a nivel global para supervisar los datos digitales como activos, abordando aspectos como la propiedad, utilización, función social, valor económico y seguridad de dichos datos. Estas regulaciones se encuentran en un constante debate, equilibrando la necesidad de promover el uso de datos digitales para impulsar la economía digital con la importancia de limitar su utilización para garantizar una economía digital segura, democrática y equitativa o justa<sup>312</sup>.

Por lo tanto, la adopción de tecnologías modernas ofrece beneficios evidentes, pero al mismo tiempo presenta riesgos, destacando la vulnerabilidad de la seguridad del usuario. El incremento en el acceso en línea a datos personales aumenta la posibilidad de que terceros accedan y utilicen de manera inapropiada o perjudicial la información del consumidor.

#### **3.1. Marco normativo europeo de la protección de los datos personales**

Deviene necesaria la protección de datos desde el diseño y por defecto; de esta manera el artículo 25 del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD)<sup>313</sup>, establece

---

<sup>311</sup> MARTÍN DIZ, Fernando, "Justicia digital post-covid19: El desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial", *op. cit.*, pp. 66-68.

<sup>312</sup> LÓPEZ-LAPUENTE, Leticia, "La nueva regulación europea de los datos: cómo dar forma al futuro digital de Europa", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 61, 2023, pp. 50-71.

<sup>313</sup> DOUE de 4 de mayo de 2016.

medidas para garantizar la seguridad de los datos en los procesos de tratamiento. El RGPD establece medidas destinadas a proteger la seguridad de los datos en los procesos de tratamiento. Se tiene en cuenta que estas medidas deben implementarse tanto al determinar cómo se manejan los datos como durante el propio proceso de tratamiento. El RGPD también proporciona ejemplos específicos de medidas a adoptar para proteger los datos personales, como la seudonimización de la información. En términos de la obligación de proteger los datos personales, se instaura una “protección por defecto”, lo que implica que el RGPD exige que los datos personales no sean accesibles sin el consentimiento de los interesados. Esto asegura la privacidad sin que los usuarios tengan que realizar ninguna actividad adicional para protegerla.

En este contexto, es importante tener en cuenta la advertencia de la Unión Europea a través de una Resolución del Parlamento Europeo, de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, de fecha 20 de octubre de 2020<sup>314</sup>. Esta resolución incluye recomendaciones significativas dirigidas a la Comisión sobre el marco ético de la inteligencia artificial, la robótica y tecnologías afines. En dicho documento, se señalan inquietudes éticas y sociales vinculadas a estas tecnologías<sup>315</sup>.

### **3.2. La necesaria protección de los datos personales en entornos ODR**

Es esencial resaltar la necesidad de salvaguardar los datos personales de los usuarios tanto en procedimientos judiciales como extrajudiciales, reconociéndolos como un activo valioso. Los procesos virtuales, al gestionar de manera masiva documentos y datos, plantean mayores riesgos para la privacidad al exponer indiscriminadamente información personal de los consumidores. Dada la naturaleza delicada y legalmente protegida de algunos de estos datos, se propone establecer sistemas de responsabilidad clara para garantizar su seguridad, con restricciones de acceso según la sensibilidad de la información<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)). DOUE de 6 de octubre de 2021.

<sup>315</sup> La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)), en sus considerandos, señala la importancia de la protección de las redes de inteligencia artificial y robótica interconectadas, para lo que pide que se adopten medidas sólidas para evitar las vulneraciones de la seguridad, las fugas y la intoxicación de datos, los ciberataques y los usos indebidos de los datos personales, lo que exigirá que las instituciones, órganos y organismos pertinentes, tanto a escala de la Unión como nacional, trabajen juntos y en cooperación con los usuarios finales de estas tecnologías; pide a la Comisión y a los Estados miembros que velen por la observancia permanente de los valores de la Unión y el respeto de los derechos fundamentales a la hora de desarrollar y desplegar tecnologías de inteligencia artificial, a fin de garantizar la seguridad y la resiliencia de la infraestructura digital de la Unión.

<sup>316</sup> CERDA, Juan Ignacio, *El uso de medios electrónicos en la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

En el ámbito de la administración de Justicia, donde la gestión de documentos y datos es extensa, incluyendo información personal protegida por la ley, es imperativo considerar requisitos de seguridad y garantías al diseñar sistemas que faciliten el acceso a la justicia tanto en procedimientos judiciales como extrajudiciales. Esto implica establecer una clara responsabilidad en la custodia de estos datos, con restricciones de acceso según la sensibilidad de la información almacenada.

Una protección adecuada debe regular el acceso electrónico de ciudadanos y partes interesadas en procedimientos judiciales, definiendo límites sin menoscabar las facultades de los profesionales, quienes deben poder ejercer su trabajo con plena confidencialidad y facilitar el acceso a la información sin restricciones excesivas a fin de que no afecte al derecho de defensa<sup>317</sup>.

Sin embargo, es crucial cuestionar cómo se aplica el principio de publicidad de los procedimientos judiciales en un entorno donde las nuevas tecnologías dependen del uso de datos. Surge la pregunta sobre si este principio afecta la protección de datos personales y si el principio de interés legítimo podría contribuir a establecer límites adecuados en la divulgación de datos personales en documentos públicos.

Cuando diseñamos y desarrollamos un modelo de justicia en línea, es crucial aprender de la actual experiencia, la cual se caracteriza por su vulnerabilidad. Esto se debe a que el sistema de tramitación electrónica facilita el acceso y procesamiento de datos personales y sensibles, que están disponibles en expedientes virtuales de los órganos judiciales las 24 horas del día, sin restricciones ni límites en las búsquedas diarias.

Dada la vulnerabilidad del sistema actual, es imperativo reconsiderar la preeminencia del principio de publicidad. Esto implica explorar alternativas, como el principio de interés legítimo en la protección de datos personales, junto con la posibilidad de anonimizar datos personales en documentos, resoluciones y sentencias.

Es esencial tener en cuenta los dos tipos de acceso existentes: el primero dirigido a profesionales, quienes deben contar con acceso completo a todo el expediente, salvo en casos expresamente establecidos por la ley. El segundo tipo de acceso implica la disociación y anonimización de datos personales, a discreción del responsable, y se aplicaría a ciudadanos que sean parte en el procedimiento y a terceros que puedan demostrar un interés legítimo en el asunto<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> GUERRERO GUERRERO, Beatriz, "Protección de datos personales en el Poder Judicial: una nueva mirada al principio de publicidad", Vol. 9, núm. 2, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2020, pp. 33-56.

<sup>318</sup> PÉREZ ESTRADA, Miren Josune, "La protección de los datos personales en los órganos judiciales", en MORENO CATENA, Víctor y ROMERO PRADAS, María Isabel (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 895-916.

En conclusión, se debe recordar que la tecnología puede ser una herramienta valiosa para mejorar la eficiencia y accesibilidad a la justicia, pero nunca debe reemplazar la importancia de la empatía, la ética y la toma de decisiones fundamentadas en principios legales y éticos. La colaboración entre lo humano y lo tecnológico puede ser efectiva y contribuir a la resolución de conflictos jurídicos en una sociedad en constante cambio.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, Silvia, "Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0.)", *Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones*, núm. 1, Vol. XI, 2018.
- BARONA VILAR, Silvia, "Métodos alternativos de resolución de conflictos en la sociedad digital y global del Siglo XXI", *Diario La Ley*, núm. 9924, 2021.
- BOUZZO HAURI, Sebastian, "El uso de las nuevas tecnologías como forma de disminuir las barreras de acceso a la justicia del consumidor en Chile", *Universitas Jurídica*, Vol. 72, 2023. Disponible en: [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/72\(2023\)/6722545018/index.html](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/72(2023)/6722545018/index.html)
- BUENO DE MATA, Federico, "Mediación electrónica e inteligencia artificial", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia, "Blockchain y Smart contracts: ¿un ecosistema digital seguro al margen de la ley?", en COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (dir.), CATALINA BENAVENTE, María Ángeles y OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (coords.), *Uso de la información y de los datos personales en los procesos los cambios en la era digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.
- CERDA, Juan Ignacio, *El uso de medios electrónicos en la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- FONTESTAD PORTALÉS, Leticia, "Plataformas de resolución de litigios en línea: opciones para la solución extrajudicial de litigios en el sector del transporte aéreo", en FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (dir.) y SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón (coord.), *Vías emergentes de solución extrajudicial de litigios en la Sociedad digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.
- GUERRERO GUERRERO, Beatriz, "Protección de datos personales en el Poder Judicial: una nueva mirada al principio de publicidad", Vol. 9, núm. 2, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2020.
- KATSH, Ethan, RULE, Colin, "What we know about Online Dispute Resolution", *South Carolina Law Review*, vol. 67, núm. 2, 2016.
- LARSON, David Allen, "Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, núm. 1, 2010.

- LÓPEZ-LAPUENTE, Leticia, “La nueva regulación europea de los datos: cómo dar forma al futuro digital de Europa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 61, 2023.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “Justicia digital post-covid19: El desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020.
- PAISLEY, Kathleen, Y SUSSMAN, Edna, “Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration”, *NYSBA NY Dispute Resolution Lawyer*, núm., 1, 2018.
- PÉREZ ESTRADA, Miren Josune, *Fundamentos jurídicos para el uso de la inteligencia artificial en los órganos judiciales*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2023.
- PÉREZ ESTRADA, Miren Josune, “La protección de los datos personales en los órganos judiciales”, en MORENO CATENA, Víctor y ROMERO PRADAS, María Isabel (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

# LA PRUEBA ELECTRÓNICA. UNA MIRADA DESDE URUGUAY

Agustina SANTOS CURBELO

Profesora y Coordinadora Programas Académicos Derecho  
Universidad Católica del Uruguay

## 1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito jurídico, el razonamiento probatorio constituye una actividad esencial para corroborar, a partir de los datos incorporados al proceso, la existencia de hechos que fundamentan la aplicación de una norma y, en consecuencia, motivan la toma de decisiones judiciales. Esta actividad probatoria, entendida como un ejercicio cognoscitivo –y no como una práctica mágica, según advierte GASCÓN<sup>319</sup>–, se asemeja notablemente a la labor de otras disciplinas como la historia o la sociología, al utilizar reglas epistémicas derivadas de la racionalidad empírica para determinar la verdad de los hechos<sup>320</sup>. Sin embargo, en el contexto del proceso jurisdiccional, dicha actividad se encuentra institucionalizada<sup>321</sup>, lo que implica que no solo está regida por normas de racionalidad empírica, sino también por normas jurídicas.

GASCÓN subraya que, dentro del proceso jurisdiccional, no sólo tienen relevancia las razones epistémicas, sino también aquellas de índole ideológica, orientadas a garantizar valores que pueden no estar alineados con la búsqueda de la verdad<sup>322</sup>. TARUFFO<sup>323</sup>, en este sentido, define al proceso como un espacio donde se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos y se resuelven controversias mediante decisiones deseablemente justas, todo ello mientras se enfrentan problemas sociales, se tutelan libertades individuales y se manifiesta la autoridad del Estado. Ejemplos claros de esta

---

<sup>319</sup> GASCÓN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 12 y ss.

<sup>320</sup> GASCÓN, Marina, “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 52, 2005, p. 48.

<sup>321</sup> Tal como afirma ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 294, las semejanzas y diferencias entre los distintos discursos jurídicos son muy diversos, pero “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente”. Asimismo, TUZET, Giovanni, *Filosofía de la prueba jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 40, cuando sostiene que “los hechos –como las pretensiones jurídicas a ellos enlazadas– se reconstruyen por medio de narraciones acerca de lo acaecido” y que en tales narraciones se entrelazan elementos fácticos y jurídicos. Lo mismo con FERRER, Jordi, *Las narraciones procesales y las pruebas jurídicas como un tipo sui generis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, que sostiene que las narraciones procesales y, por tanto, las pruebas jurídicas, poseen particularidades que las tornan en un tipo sui generis.

<sup>322</sup> GASCÓN, Marina, “¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional”, 2005, p. 3.

<sup>323</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 156.

coexistencia de garantías constitucionales e epistémicas son derechos como la protección de datos personales, la no discriminación, el derecho a la defensa, entre otros.

En este marco, surge la cuestión de si es adecuado aplicar los marcos normativos tradicionales, diseñados para medios de prueba como, por ejemplo, la documental, a los denominados "medios de prueba electrónicos". Estas herramientas presentan características específicas que podrían requerir una regulación autónoma. Cualquier solución jurídica a esta problemática debe considerar, en su justificación, tanto razones epistémicas como ideológicas.

## 2. ESPECIFICIDAD DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

La revolución tecnológica ha dado lugar a una nueva dimensión de interacción social: el ciberespacio. Este entorno, descrito por BARRIO ANDRÉS<sup>324</sup> como una realidad tridimensional, incluye: (i) una infraestructura física que facilita la transmisión de información, (ii) una capa lógica que conecta dispositivos y redes mediante *software* y estándares técnicos, y (iii) una capa de servicios y contenidos, que integra información, conocimiento y prestaciones en línea. En pocos años, el ciberespacio se ha convertido en el mayor espacio público conocido, redefiniendo las relaciones humanas al conectar personas de maneras nunca antes imaginadas. Por su naturaleza, el ciberespacio introduce una serie de características que lo diferencian profundamente del mundo físico y, con ello, plantea desafíos inéditos para los sistemas jurídicos tradicionales. RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA<sup>325</sup> identifica varios aspectos clave en este sentido. En primer lugar, el ciberespacio no es únicamente un lugar para el intercambio de información, sino un entorno de exposición, donde los datos personales –elementos esenciales de la identidad de las personas– están constantemente recopilados, procesados y disponibles. Además, lo digital no es una réplica exacta de la realidad física, sino su reflejo, conectado por una relación causal que no alcanza equivalencia completa. Esta desmaterialización de la información, que carece de peso y espacio físico, trastoca las bases del derecho, estructurado históricamente sobre coordenadas espaciales y temporales precisas. La temporalidad en el ciberespacio también se aleja de los patrones lineales: los datos pueden surgir y desaparecer abruptamente, modificando la percepción de continuidad y estabilidad. Este escenario se agrava por la mayor vulnerabilidad de los datos en línea, ya que el tratamiento masivo de información personal amplifica los riesgos asociados a la privacidad. A ello se suma la complejidad de las interacciones digitales, donde plataformas, empresas e individuos desempeñan roles diversos y asumen responsabilidades distintas. Finalmente, emergen nuevos derechos digitales, como el derecho al olvido, la privacidad virtual y la seguridad informática, que reflejan la necesidad de

---

<sup>324</sup> MOISÉS BARRIO, Andrés, *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

<sup>325</sup> RIOFRÍO, Juan Carlos, *La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales*, Editorial Jurídica, Lima, 2014.

adaptar los marcos jurídicos a las particularidades de este entorno. Estas especificidades no sólo redefinen la manera en que entendemos la interacción humana, sino también exigen respuestas normativas capaces de abordar un mundo en constante transformación.

Este nuevo ámbito no solo modifica las dinámicas sociales, políticas y económicas, sino que también introduce escenarios inéditos en los procesos jurisdiccionales. En este contexto, los datos generados en el ciberespacio adquieren relevancia probatoria, pero presentan características que los diferencian significativamente de los medios de prueba tradicionales. Pese a ello, en el sistema jurídico uruguayo, la regulación específica de estas pruebas –a menudo denominadas “*pruebas digitales o electrónicas*”– aún no existe. Esto ha obligado a la doctrina y jurisprudencia a encuadrarlas dentro de las categorías legales existentes, principalmente, cómo se profundizará a continuación, como una variante de la prueba documental.

En este contexto, y siguiendo la reflexión de BARRIO ANDRÉS<sup>326</sup>, las múltiples especificidades del ciberespacio abren la puerta a preguntarnos si es necesario de una disciplina jurídica autónoma: el Ciberderecho. Este enfoque permitiría abordar, con categorías jurídicas propias, los fenómenos únicos que emergen en este nuevo entorno, ofreciendo soluciones adaptadas a problemáticas y dinámicas sociales que difícilmente encajan en los esquemas normativos tradicionales. Así, resulta inevitable preguntarse: ¿por qué la prueba digital/electrónica, con sus particularidades intrínsecas, debería quedar al margen de esta necesaria renovación del marco regulatorio?

### 3. URUGUAY DIGITAL

Cuando se analiza la idea de *Uruguay Digital*, es posible identificar dos grandes áreas de avance: (i) los logros alcanzados en la Administración Pública, y (ii) los progresos en el Poder Judicial. Mientras que el primer ámbito ha experimentado un desarrollo significativo, el segundo avanza de manera más lenta y gradual.

En términos de regulación específica para las nuevas realidades del mundo digital, Uruguay ha demostrado un compromiso, en ciertas áreas, mediante la creación de marcos normativos diseñados para responder a estas exigencias. Entre ellos, destacan: (i) La Ley N.º 18.331 de Protección de Datos Personales introduce un conjunto de categorías conceptuales novedosas, como dato personal, tratamiento de datos, privacidad desde el diseño, base de datos, titular de bases de datos y responsable de bases de datos personales, entre otras. Estas categorías reflejan la necesidad de contar con marcos normativos autónomos y específicos para abordar la realidad actual, en la que los datos personales ocupan un lugar central y requieren de una tutela adecuada. (ii) La Ley N.º 18.600 sobre Documento y Firma Electrónica, aunque equipara los efectos jurídicos de los

---

<sup>326</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet...*, op. cit., p. 19.

documentos electrónicos con los manuscritos (en el caso de la firma electrónica simple) y con los documentos públicos o certificados notarialmente (en el caso de la firma electrónica avanzada), también introduce conceptos y herramientas autónomas necesarias para regular eficazmente la circulación de documentos en soportes electrónicos, una realidad cada vez más prevalente en nuestras interacciones cotidianas. (iii) La Ley N.º 18.381 de Acceso a la Información Pública responde a las transformaciones tecnológicas que han permitido el tratamiento masivo de datos y la creación de infraestructuras que facilitan el acceso a la información. Aunque la transparencia y el acceso a la información han sido siempre valores fundamentales en los sistemas de gobierno, el contexto digital ha requerido la adopción de instrumentos jurídicos específicos que fortalezcan su tutela. Promulgada en 2008, esta ley no solo regula el acceso a la información pública, sino que también impulsa estrategias y políticas destinadas a garantizar un acceso rápido, eficiente y efectivo en el marco de las necesidades de la sociedad contemporánea. (iv) Otras políticas que reconocen las particularidades del entorno digital y plantean la necesidad de adaptar las normas jurídicas tradicionales a estas nuevas realidades.

No obstante, cuando se trata de la transformación digital del Poder Judicial, el panorama es diferente. Este proceso ha sido más lento, fragmentado y carente de un marco normativo integral que regule sistemáticamente el uso de tecnologías en el ámbito jurisdiccional. En lugar de un enfoque coordinado, lo que existe son disposiciones legales dispersas que intentan abordar ciertos aspectos puntuales del proceso de digitalización. A pesar de esta situación, la comunidad jurídica uruguaya ha reconocido estas deficiencias y presentado proyectos de ley en el Parlamento para remediarlas. Sin embargo, muchos de estos esfuerzos permanecen estancados, dificultando avances significativos.

Un ejemplo claro, de este panorama en el Poder Judicial, es la falta de implementación del expediente electrónico. Aunque una normativa específica promulgada por el Poder Legislativo, Ley 18.237 del año 2007 en su artículo único dispuso la autorización del uso de expediente electrónico, éste no se reglamentó ni se desarrolló una infraestructura adecuada para tal implementación. Si bien el mismo artículo dispuso "*Facultase a la Suprema Corte de Justicia para reglamentar su uso y disponer su gradual implantación*" lo cierto es que no hay claridad sobre el alcance de dicha facultad, en la medida que la Constitución de la República dispone en su artículo 18 una reserva legal en lo que tiene que ver con el orden y formalidad de los juicios. El colegio de abogados del Uruguay presentó un proyecto de ley sobre la utilización de la información y la comunicación en los procesos jurisdiccionales<sup>327</sup>, asimismo el Programa de Modernización Legislativa

---

327

<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/repartido/representantes/49/41/0/PDF>

(PROMOLE) presentó proyecto sobre Prueba Digital<sup>328</sup>, sin embargo, ambos se encuentran “encajonados” en los asuntos del Parlamento. Más allá de la valoración que se pueda hacer sobre el contenido de dichos proyectos, lo cierto es que la comunidad jurídica uruguaya se ha interesado en estos asuntos, pero el Poder Legislativo no ha realizado los esfuerzos suficientes para adecuarse a estas solicitudes.

Como se podrá advertir, la transformación digital del Poder Judicial en Uruguay enfrenta desafíos estructurales y normativos. Si bien el país ha demostrado liderazgo en otras áreas del ámbito digital, la ausencia de un marco jurídico ordenado y sistemático en el sistema judicial retrasa su adaptación al entorno tecnológico. La implementación de soluciones efectivas requerirá no solo voluntad política, sino también un esfuerzo coordinado para superar las barreras interpretativas y normativas que aún persisten.

#### 4. PRUEBA ELECTRÓNICA EN URUGUAY

En el Derecho procesal uruguayo, la prueba digital ha sido conceptualizada como una especie dentro del género de la prueba documental, según sostienen diversas posturas doctrinarias. La profesora BARREIRO<sup>329</sup> explica que, en función de las definiciones citadas y atendiendo a los conceptos delimitados en las leyes sancionadas en los últimos años y especialmente teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 18.600 podemos afirmar que el documento electrónico es una especie dentro del género prueba documental. Este razonamiento se fundamenta en que el Código General del Proceso (CGP) ofrece un concepto amplio de documento, entendido como “*todo objeto producto de la actividad humana, dotado de función representativa de ciertos hechos, que sirve por ello como medio para probar esos hechos*”<sup>330</sup>. Además, la Ley 18.600 sobre documento y firma electrónica reconoce la validez jurídica del documento electrónico y lo equipara al manuscrito.

Sin embargo, como también señala la profesora BARREIRO, “*la aplicación al documento electrónico del régimen de prueba documental previsto en el CGP no está exenta de dificultades en función de las marcadas diferencias existentes entre el documento escrito y el digital*”<sup>331</sup>. Estas dificultades se originan en las particularidades del entorno digital, que dista significativamente del mundo analógico para el cual fueron concebidos los marcos normativos tradicionales. La

---

<sup>328</sup>

<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/repartido/representantes/49/41/0/PDF>

<sup>329</sup> BARREIRO, María Virginia, “Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil”, *Revista de derecho*, año 19, núm. 37, 2020, pp. 139-176..

<sup>330</sup> VESCOVI, Enrique (Dir.), *Código General del Proceso, Comentado, anotado y concordado*, Tomo 4, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998.

<sup>331</sup> BARREIRO, María Virginia, “Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil” ..., *op. cit.*

inmaterialidad de los datos, su vulnerabilidad a la manipulación, la volatilidad de la información y los desafíos para garantizar su autenticidad ilustran las limitaciones de encuadrar la prueba digital dentro de las categorías normativas existentes.

En el mismo sentido, VALENTIN expresa *“El Código General del Proceso, que se aplica genéricamente a los procesos no penales, carece de una regulación específica de los documentos digitales”*<sup>332</sup>. Y sigue sosteniendo lo siguiente: *“Se entiende que de todos modos su incorporación es admisible, ya que el art. 175, ubicado en sede de prueba documental, establece que pueden presentarse –toda clase de documentos- y luego de una enumeración de ejemplos incluye genéricamente a –otros similares–”*. No obstante, el profesor VALENTIN expresa *“Sin embargo, creo francamente que la regulación del medio de prueba documental no puede aplicarse linealmente a todos los supuestos, y que en todo caso resulta insuficiente para resolver varios problemas que la incorporación de estos documentos genera”*.

En principio, puede parecer que aplicar las disposiciones sobre prueba documental a las pruebas electrónicas es una solución simple y deductivamente válida. Sin embargo, si esta solución jurídica se somete a un análisis más profundo, surgen consecuencias no deseables tanto en el plano epistémico, relativo al conocimiento racional que se genera en el proceso judicial, como en el ideológico, relacionado con la tutela de derechos fundamentales. Estas dificultades ponen de manifiesto la necesidad de evaluar si esta solución es adecuada para los fines del sistema procesal uruguayo.

El CGP no solo concibe la prueba como una necesidad para el proceso (artículo 137), sino también como una carga para las partes (artículo 139), sobre quienes recae la responsabilidad de probar los hechos que fundamentan sus pretensiones. Asimismo, el artículo 146 enumera los medios probatorios tradicionales, como documentos, declaraciones de parte y testigos, dictámenes periciales, exámenes judiciales y reproducciones de hechos. El inciso 146.2 también habilita el uso de medios probatorios no previstos, siempre que no estén prohibidos por las normas jurídicas, y dispone que en estos casos se aplicarán de manera analógica las normas que rigen los medios probatorios tradicionales.

En el caso de la prueba digital, esta disposición genera un dilema: si las particularidades de este tipo de prueba no permiten un acuerdo sobre su encuadre dentro de los medios previstos en el artículo 146.1, podría recurrirse al inciso 146.2 como *“medio probatorio no prohibido por la regla de derecho”*. Sin embargo, ello implica aplicar analógicamente las normas diseñadas para medios de prueba tradicionales, lo que puede ser insuficiente para abordar las especificidades del entorno digital.

A pesar de estas limitaciones, el CGP, a través del artículo 140, exige que el tribunal valore la prueba de manera racional y conforme a las reglas de la sana

---

<sup>332</sup> VALENTÍN, Gabriel, “La aplicación de las TIC a las categorías del proceso jurisdiccional: hacia una transformación del sistema procesal”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2019, p. 95.

crítica. Este artículo refuerza el ideal regulativo de generar conocimiento racional<sup>333</sup> en el proceso jurisdiccional, dejando de lado aproximaciones intuitivas o no fundamentadas. Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si la solución jurídica actual para la prueba digital, basada en la aplicación analógica de normas preexistentes, es coherente con dicho ideal o si, por el contrario, nos aleja de su realización al no reconocer plenamente las especificidades del entorno digital. La incorporación de la prueba digital en el sistema procesal uruguayo representa un desafío que va más allá de la simple adaptación técnica. Si bien el CGP ofrece herramientas para integrar nuevos tipos de prueba, la falta de un marco normativo integral que contemple las particularidades del entorno digital puede comprometer tanto la generación de conocimiento racional como la protección efectiva de los derechos fundamentales. Esto invita a reflexionar sobre la relevancia de diseñar un marco jurídico autónomo que aborde las complejidades de la prueba digital y su impacto en el proceso jurisdiccional.

## 5. CONCLUSIONES

La sociedad contemporánea, marcada por el uso intensivo de nuevas tecnologías, ha dado lugar a espacios de interacción inéditos, como el ciberespacio. En estos entornos, las relaciones humanas y los hechos que se generan adquieren características particulares que, a su vez, impactan en los medios probatorios necesarios para corroborarlos. Sin embargo, el Código General del Proceso (CGP) uruguayo carece de categorías jurídicas específicas que aborden las particularidades de los medios de prueba digitales, lo que ha llevado a soluciones interpretativas que los encuadran como una variante de la prueba documental. Esta solución, aunque funcional en el corto plazo, plantea problemas de coherencia con la Agenda Digital del país, cuyo propósito es reconocer y visibilizar las nuevas realidades derivadas del entorno tecnológico. Además, la aplicación de normativa diseñada para medios probatorios tradicionales a las pruebas digitales genera consecuencias negativas tanto en el plano epistémico – dificultando la búsqueda de la verdad procesal en un entorno distinto al analógico– como en el plano ideológico, al comprometer la adecuada protección de derechos fundamentales.

Construir una regulación específica para la prueba digital implica reconocer su relevancia y adaptarse a los desafíos del entorno tecnológico. Este camino no solo fortalecería la coherencia con los ideales normativos de Uruguay en el ámbito digital, sino que también contribuiría a generar conocimiento racional, con atención a la protección de los derechos fundamentales en juego y alineándose con las demandas de una sociedad en constante evolución.

---

<sup>333</sup> SANTOS CURBELO Agustina, “El modelo racional de conocimiento de los hechos como ideal regulativo”, en SOBA BRACESCO, I. (dir.), MARTÍNEZ MORALES, S. (sec.), *Anuario de Derecho Probatorio*, Palestra, Lima, 2022.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BARREIRO, María Virginia, "Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil", *Revista de derecho*, año 19, núm. 37, 2020, pp. 139-176.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FERRER, Jordi, *Las narraciones procesales y las pruebas jurídicas como un tipo sui generis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GASCÓN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GASCÓN, Marina, "¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional", 2005.
- GASCÓN, Marina, "¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 52, 2005.
- RIOFRÍO, Juan Carlos, *La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales*, Editorial Jurídica, Lima, 2014.
- SANTOS CURBELO Agustina, "El modelo racional de conocimiento de los hechos como ideal regulativo", en SOBA BRACESCO, I. (dir.), MARTÍNEZ MORALES, S. (sec.), *Anuario de Derecho Probatorio*, Palestra, Lima, 2022.
- SOBA BRACESCO, Ignacio, "Prueba electrónica ¿debemos exigir más diligencias a los litigantes?", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo, 2024.
- TARUFFO, Michele, *Simply la Verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- TUZET, Giovanni, *Filosofía de la prueba jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- VALENTÍN, Gabriel, "La aplicación de las TIC a las categorías del proceso jurisdiccional: hacia una transformación del sistema procesal", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2019.
- VESCOVI, Enrique (Dir.), *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, Tomo 4, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998.

# UNA NUEVA MIRADA DEL PROCESO JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: LA GESTIÓN DE LA PRUEBA Y ALGUNAS HERRAMIENTAS PARA ABORDAR LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL EN ARGENTINA<sup>334</sup>

Lara MORQUECHO<sup>335</sup>

Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata

## RESUMEN

Este trabajo examina la gestión de la etapa probatoria en procesos judiciales donde una parte se encuentra en situación de vulnerabilidad por ser víctima de violencia de género. Se analizan herramientas procesales como la prueba de oficio, la carga dinámica y los principios de colaboración y buena fe, en el marco del paradigma de convencionalización del derecho privado. El trabajo pretende reflexionar sobre la necesidad de incorporar una perspectiva de género en la etapa probatoria para garantizar la igualdad real, prevenir la revictimización y transformar el proceso judicial en una herramienta efectiva de justicia.

## 1. INTRODUCCIÓN

La concienciación en materia de género, la desigualdad estructural en la sociedad y la importancia de reunir esfuerzos para lograr una mayor igualdad se inserta dentro del área del proceso como herramienta al servicio de la justicia. El propósito de este trabajo será examinar cómo el sistema de justicia podría gestionar la etapa probatoria en los procesos donde una de las partes, víctima de violencia de género, se encuentra en situación de vulnerabilidad.

A través de un enfoque crítico, se examinan herramientas procesales como la prueba de oficio, el principio de colaboración, el principio de buena fe y la carga dinámica de la prueba, previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, bajo la luz del paradigma de convencionalización del Derecho privado, que promueve la reinterpretación del proceso judicial como una herramienta clave para garantizar los derechos humanos de las mujeres y los

---

<sup>334</sup> Con base en la publicación HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y MOLINA DE JUAN, Mariel (Dirs.), “Gestión del período probatorio con perspectiva de género”, *Revista de Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, septiembre, 2024.

<sup>335</sup> Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP); Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA) Maestranda en Derecho Procesal (UNLP) Especialista en Derecho Civil –tesis pendiente– (UNLP) Profesora de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas (UNLP) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) Novel Investigadora de la Universidad Nacional de La Plata sobre Modernización de la Justicia y de la Universidad Notarial Argentina en Gestión Judicial en Procesos de Familia, Auxiliar Letrada en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial de La Plata.

integrantes del colectivo LGBTIQ+, conforme lo establece la Ley Argentina N.º 26.743<sup>336</sup>.

El estudio pretende reflexionar si en casos donde el género es un elemento central del litigio, la desigualdad estructural demanda acciones distintivas y gestiones probatorias específicas. Se enfatiza que, para garantizar una verdadera justicia, no basta con dictar sentencias con perspectiva de género; es necesario que el proceso judicial, incluida la etapa probatoria, se transforme adecuadamente. Este análisis propone repensar la gestión probatoria como un medio para consolidar la igualdad, prevenir la revictimización y promover un acceso equitativo a la justicia.

## 2. EL SISTEMA DE JUSTICIA EN CLAVE DE GÉNERO

El sistema de justicia actual, como parte esencial de cualquier sociedad que busca mantener el orden mediante el cumplimiento de las normas y proporcionar un marco para resolver conflictos. Nuestro país enfrenta –como la mayoría de los países de Latinoamérica– desafíos tales como las grandes demoras en los procesos y en muchas ocasiones, falta de acceso a la justicia para los sectores más desfavorecidos.

Con el reconocimiento en los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial, de la necesidad de coherencia para interpretar de forma integral el Derecho privado con el sistema de derechos humanos, la justicia se ve obligada a implementar de forma directa los Tratados Internacionales tanto en los procesos como en sus resoluciones, incorporando una nueva mirada del derecho sistémico en clave de igualdad, lo que necesariamente incluye la impronta de un enfoque procesal con perspectiva de género.

El plexo normativo interpretado de forma armónica con el plano internacional impone este enfoque al interpelar a los Estados a asegurar que las mujeres cuenten con un sistema judicial que opere con total objetividad y justicia. Y también, al garantizar que todos los juicios se realicen en base a los hechos y la ley, sin influencias externas que puedan alterar su equidad, como pueden ser los estereotipos de género.

El enfoque de juzgar con perspectiva de género en el ámbito judicial es crucial para reconocer y abordar las desigualdades estructurales. Esta perspectiva implica una comprensión profunda de cómo el género influye en las experiencias

---

<sup>336</sup> Vale destacar que cuando se utilice el término “*mujer*” en estas líneas nos referiremos a todas las personas de género femenino, según lo define la Ley Argentina N° 26.743. Esta ley incluye a los individuos con identidad y/o expresión de género femeninas, independientemente del sexo asignado al nacer o de cualquier registro identificatorio. Asimismo, los miembros del colectivo LGBTIQ+ entran en la misma categoría, de acuerdo con lo estipulado por la misma ley. La Corte IDH en los casos *Vicky Hernández y otras vs. Honduras* (sent. de 26-3-2021) y *Olivera Fuentes vs. Perú* (sent. de 4-2-2023) observó la necesidad de la aplicación de la perspectiva bajo análisis no sólo en relación con las mujeres, sino también con las personas trans y las demás integrantes del colectivo LGBTIQ+ (Ver Guía de Prácticas aconsejables para Juzgar con Perspectiva de Género de la SCBA, marzo de 2024).

y oportunidades de las personas, y cómo estas diferencias pueden impactar en los resultados judiciales. Al aplicar una perspectiva de género, los jueces deben esforzarse por: 1) Visibilizar la desigualdad: Partiendo del entendimiento que hombres y mujeres parten de posiciones desiguales debido a factores históricos, sociales y culturales. 2) Nivelar la desigualdad estructural: Implementar medidas que busquen equilibrar estas diferencias para asegurar que todas las partes tengan las mismas oportunidades de ser escuchadas en un debido proceso constitucional. 3) Detectar las problemáticas específicas del caso: Destacar y abordar las distintas cuestiones de género que pueden estar invisibilizadas o minimizadas.

Esta mirada no solo busca la igualdad formal ante la ley, sino una igualdad real y efectiva que tenga en cuenta las circunstancias específicas de cada género, promoviendo una mayor conciencia y educación dentro del sistema judicial sobre las formas en que las normas y prácticas pueden perpetuar desigualdades de género. Ello propicia un ambiente de justicia más inclusivo y equitativo.

La jurisprudencia ha comenzado a incorporar esta perspectiva aplicando distintas herramientas a fin de resguardar la igualdad procesal de las partes en los procesos judiciales no sólo en caso de conflictos dentro del fuero de familia sino también en los procesos con contenido patrimonial. Es que, esta forma de resolver debe pensarse como un nuevo fenómeno social –que celebramos– y surge como reacción a diversas injusticias ocurridas en nuestro sistema, en el que la mirada clásica del proceso establecía etapas probatorias con formas rígidas que no permitían la flexibilización del mismo en resguardo a la igualdad –real– de las partes.

La injusticia a la que hacemos referencia, deviene de la necesidad del juez de resolver en casos donde la prueba de los hechos suele ser de difícil comprobación, complejizando el alcance de la verdad, como pueden ser situaciones donde existieron vínculos de confianza familiar y violencia de género, motivo por el cual se aplicaban sin mayores cuestionamientos las herramientas que clásicamente disponen los códigos procesales para resolver estos casos, por ejemplo la carga de la prueba con la impronta de “*quien alega debe probar*” para cualquier tipo de proceso, sin importar las circunstancias particulares del conflicto.

La Corte Suprema de la Nación ha señalado en numerosos precedentes que el proceso no debe tratarse del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte.<sup>337</sup> También tiene dicho que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que en su ámbito específico tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el

---

<sup>337</sup> CSJN, Fallos: 339:1695; 338:484; 325:1105; 325:1014; 323:3207; 320:2209; 320:730; 315:1186; 315:1203; 314:629; 308:533.

ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de defensa en juicio<sup>338</sup>.

Bajo este lineamiento y a partir del nuevo esquema normativo convencional, se ha vuelto explícito que la forma de aplicación de todos los derechos reconocidos en los distintos tratados internacionales debe ser obligatoria, directa y operativa, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) donde especialmente se incluye la violencia contra las mujeres y formula recomendaciones detalladas a los Estados en las Recomendaciones Generales núm. 12, 19 y 35.

En el mismo sentido, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer Aprobada por la Asamblea General<sup>339</sup> exige a los Estados que apliquen una política encaminada a eliminarla y enumera formas para lograrlo: prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia, facilitando el acceso de las mujeres a la Justicia y a un resarcimiento justo y eficaz por el daño padecido; sanciones penales, civiles, laborales y administrativas; formación de los funcionarios que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer; medidas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica.

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará) reconoce el derecho de toda mujer *“a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”* conviniendo como responsabilidad de los estados partes adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia condenando todas las formas de violencia contra la mujer<sup>340</sup>.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de expedirse sobre la gravedad institucional que implica la falta de cumplimiento en materia procedimental para el debido resguardo y protección de la víctima, vulnerando el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), debido a la incapacidad de las autoridades croatas para proteger adecuadamente a la demandante del ataque a su integridad física y de la forma en que los mecanismos procesales nacionales se habían implementado, contraria a las obligaciones positivas del Estado en el casos *Sandra Janković c. Croacia* el 5 de marzo de 2009 y en el caso *Ebcin c. Turquía* del 1 de febrero de 2011 donde se concluye que las autoridades habían incumplido su obligación de proteger su seguridad y de castigar con rapidez a sus agresores, vulnerando los artículos 3 (prohibición de trato humano degradante) y 8 (derecho al respeto a la vida privada) del Convenio con arreglo al aspecto procedimental, constatando que el proceso administrativo y penal no le había protegido adecuadamente frente a un acto de violencia grave.

---

<sup>338</sup> CSJN, Fallos: 338:1311; 310:870.

<sup>339</sup> Ver resolución A/ RES/48/104, de 20 de diciembre de 1993 E.

<sup>340</sup> <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

También se ha expedido la Corte Interamericana de derechos humanos respecto de que *“la utilización de estereotipos de género por funcionarios y autoridades del sistema de justicia durante un proceso judicial vulneran la referida obligación que tienen los Estados de adoptar una perspectiva de género en las investigaciones y procesos penales (...). En particular, la Corte ha reconocido que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos ‘distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos’, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas”*<sup>341</sup>.

### **3. LA GESTIÓN DE LA PRUEBA CON ENFOQUE CONVENCIONAL**

El cambio paradigmático que venimos destacando en párrafos anteriores ha provocado –y debe continuar provocando– serias modificaciones en la mirada del Derecho procesal, la etapa probatoria ha sido materia de análisis y reformas para lograr mejoras en el servicio de justicia con improntas de oralidad, intermediación y gestión del caso.

Para la comprensión de este apartado, debemos enfatizar la relevancia de que el enfoque con perspectiva de género no se restrinja al dictado de la sentencia definitiva con valoración de la prueba en ese sentido y un desarrollo de la temática, sino que incluye la totalidad del proceso<sup>342</sup>, tal como surge de la normativa internacional invocada. Especialmente, deviene trascendental su aplicación en la etapa probatoria, siendo clave para el devenir del proceso donde el rol del juez como director del proceso es esencial para garantizar los derechos que la mujer reclama en pos de ordenar la producción de la prueba, gestionar a quien corresponde la carga de su persuasión (carga de la prueba) y luego, con la prueba recolectada y las cargas pautadas, analizarla y valorarla para resolver.

Hasta aquí resulta claro que el enfoque de igualdad real entre las partes debe ser transversal al proceso. Para profundizar este enunciado, debemos recordar que el concepto de acceso a la Justicia implica el derecho de hacer valer todos los demás derechos, la garantía de las garantías. Es el derecho de toda persona a recibir una respuesta rápida y efectiva de la Justicia ante un conflicto determinado, lo que nos lleva a pensar que la gestión de la prueba –etapa esencial en el proceso– debe tener una impronta particular en los casos donde ha existido violencia de género para evitar la revictimización, ya sea por la excesiva demora judicial como por las deficiencias en la gestión de esta etapa.

---

<sup>341</sup> CIDH. Caso *Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022, párr. 163.

<sup>342</sup> MEDINA, Graciela, “La perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni editores, 2022 - 1a.

¿Cómo podemos hablar de tutela judicial efectiva en un proceso donde la mujer que reclama daño moral por violencia de género no tiene oportunidad de ser escuchada por el juez? ¿Cómo hablar de gestión de la prueba con esta perspectiva si se permite que se lleve adelante la prueba confesional que contiene agresiones contra la mujer? ¿Cómo considerar que lograremos alcanzar la verdad objetiva si la carga de la prueba pesa sobre la mujer víctima de violencia?

Sobre esta línea de pensamiento, vemos que el concepto incluye la noción de contar con un procedimiento adecuado, ya que no basta con traspasar las puertas de los tribunales si una vez dentro de ellos él o la justiciable se encuentra con estructuras procesales desgastantes, que a primera vista convierten en imposible lo que se anhela: la rápida y justa solución de la controversia de la que se es parte, sin más violencia.

Las personas víctimas de violencia de género, pertenecen al grupo de sujetos en condición de vulnerabilidad, que requieren por parte del estado una tutela diferenciada para garantizar su protección. Partiendo de esta base conceptual clave, podemos comenzar a analizar el acceso a la justicia de las personas que buscan la intervención de un juez muchas veces para “reparar” un daño, que en sí –como es sabido– será irreparable.

Para comprender lo que nos motiva a pensar en esta manera de gestionar el período probatorio, deben destacarse dos incisos de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, son los h) e i) del artículo 16 de la Ley 26.485. El inciso h) que indica la importancia de que la mujer reciba un trato humanizado, evitando la revictimización y el i) respecto de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos.

También avala nuestra posición la Recomendación n° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, al resaltar la necesidad de que los procedimientos judiciales relacionados con denuncias de violencia de género sean conducidos de manera imparcial y justa, sin ser influenciados por estereotipos de género o interpretaciones discriminatorias de las leyes, incluyendo las normas del derecho internacional. La recomendación advierte especialmente el deber del estado de no usar nociones preconcebidas y estereotipos sobre lo que constituye la violencia de género, cómo deben reaccionar las mujeres ante esta violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención.

Estas reflexiones pretenden visibilizar la importancia de la perspectiva de género en el proceso en estos casos donde, si bien pareciera evidente el deber de su aplicación, en la práctica no siempre se advierte su debida implementación. Muchas veces por desconocimiento de las herramientas, o de la manera en la que

pueden resguardarse las garantías del debido proceso para personas en esta típica situación de vulnerabilidad.

Recordemos que si bien nos referimos expresamente en el artículo a “víctimas” de violencia de género, como un hecho probado, en el proceso ya sea civil o de familia, donde se esboza un reclamo, la mujer deberá de algún modo probar o acreditar dicha circunstancia, y en muchas ocasiones, no existe un trato procesal con perspectiva de género hasta tanto el juez o la jueza lo considera probado en la resolución final de la causa. En muchas oportunidades, se considera erróneamente que la aplicación de una perspectiva diferenciada implicaría anticipar su opinión por ello y a fin de mantener la “igualdad” entre partes con un esquema procesal antiguo se tramita la causa sin ponderar las especiales características de aquellas. Entonces ¿cuándo se encontraría habilitado el juez para aplicar esta perspectiva al iniciar la etapa de gestión probatoria?

Entendemos que, en estos casos debe jugar la verosimilitud del derecho alegado, la mujer deberá probar *prima facie* –con las herramientas que se encuentren a su alcance– la situación de vulnerabilidad, lo que le permitirá al juez, sin anticipar opinión, darle el tratamiento que corresponde al proceso en su trámite, tanto para resguardar a la víctima como para lograr recolectar la prueba necesaria, lo que requiere de una impronta diferenciada.

#### **4. ALGUNAS HERRAMIENTAS PROCESALES PARA APLICAR EN LA GESTIÓN PROBATORIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ARGENTINA**

La situación explicada, nos motiva a analizar qué institutos procesales pueden utilizarse a dichos fines y las críticas a su regulación, para evaluar las posibilidades de mejorar la forma en que se administra el período probatorio en estos casos.

En primer lugar, debemos visualizar la importancia del período probatorio en cuanto a la búsqueda de la verdad, tema por demás tratado por la doctrina y jurisprudencia, al nivel que la Corte tiene entendido que la renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva vulnera la exigencia del adecuado servicio de la justicia garantizado por la Constitución Nacional<sup>343</sup>.

Entonces, desde esta impronta sabemos que ese es el norte: obtener la verdad del caso para hacer justicia. Específicamente en materia probatoria, la Corte ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales– a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> CSJN, V. 438 XLI “Vecchi”, 30/10/2007, Fallos: 339:1615.

<sup>344</sup> CSJN, Fallos 325:2713; 324:4123; 324:115; 321:510; 319:1577.

Es que, en casos en los que debe determinarse la verdad de los hechos, para llegar a una solución justa, no solo se debate la aplicación para el caso concreto, sino que esa decisión judicial –y el conjunto de decisiones judiciales sobre un tema determinado– tendrá efectos en los comportamientos de la sociedad. En este entendimiento, en el caso que la temática, como podría ser la prueba de una situación de violencia de género, por la que se pretende una indemnización por daño moral, obtenga decisiones en las que se logre alcanzar la verdad de los hechos –con distintas herramientas al efecto– tendrá no solo el efecto de “*hacer justicia*” en el caso concreto, sino que posibilitará que ante la forma de resolver de los jueces en este sentido afecte los comportamientos de la cotidianidad de los ciudadanos, educando a la población sobre cuales son las conductas y comportamientos reprochables que tendrán una sanción ejemplar.

Tal como indica la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la Guía de Buenas Prácticas para Juzgar con Perspectiva de Género de marzo de 2024, para estos casos y para lograr esa verdad: “*la aplicación del enfoque de género permitirá la obtención de material probatorio oficiosamente, sin alterar la congruencia procesal, ni la garantía de defensa para esclarecer si están presentes factores de desigualdad real entre las partes intervinientes*”.

En los procesos de familia la oficiosidad es uno de los principios procesales consagrados por el artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación. Implica que el impulso del proceso se encuentre a cargo del juez, así como la capacidad de la producción de prueba que sea necesaria para alcanzar la verdad objetiva. El principio dispositivo según el cual el impulso de la parte es el que activa el proceso pierde su robustez en el fuero de familia con la impronta oficiosa del juez o de la jueza, pero también –y vale la pena destacar este punto– en procesos patrimoniales donde se observa que se requiere el resguardo de derechos desde un enfoque de género.

A continuación, analizaremos dos institutos procesales claves en la gestión de la prueba en estos casos como son la carga dinámica de la prueba, el principio de colaboración y buena fe procesal, y veremos su aplicación por la jurisprudencia, analizando si los resultados obtenidos han sido suficientes en clave convencional para el resguardo de las garantías procesales.

## **5. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA**

Una de las herramientas esenciales en la gestión de la prueba que proponemos es la atribución de la carga de aquella, en especial si se aplica “*quien se encuentre en mejores condiciones de probar*” conforme el artículo 710 del CCyC. El juez es quien al momento de resolver deberá analizar la prueba producida en el proceso para determinar cuál fue la “*verdad*” de los hechos controvertidos para brindarle una respuesta al justiciable.

Sin embargo, en casos de difícil comprobación, la prueba agregada en la causa no es suficiente para generar la convicción del juez respecto de cómo sucedieron las cosas en realidad. En esas situaciones, el rol clave lo asumirá un instituto procesal

que le indicará al juez cómo resolver cuando no encuentra en el proceso elementos que le creen convicción sobre los hechos controvertidos, e indirectamente establece a qué parte incumbe la demostración de los mismos: la carga de la prueba<sup>345</sup>.

El mencionado instituto es una pauta que tiene por natural destinatario al juez, siendo un mandato que le impone un sentido de decisión, pero que también provoca un efecto hacia las partes al sentar reglas de conducta respecto de qué hechos debe probar cada una de ellas<sup>346</sup>. Podemos hallarlo en la normativa procedimental actual en su teoría clásica *“quien alega debe probar”*<sup>347</sup> y en la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación imponiéndose a quien *“está en mejores condiciones de probar”* en los procesos de familia. Esto significa que luego de arduos debates doctrinarios al respecto, se recepta la carga dinámica de la prueba flexibilizando la rígida regla procesal, superando así la clásica teoría tradicionalista del principio dispositivo.

La modificación inserta en el Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, sin lugar a duda, incorporó normativa procesal con el propósito de efectivizar el cumplimiento de las Convenciones Internacionales<sup>348</sup>. En definitiva, lo que se pretende con este instituto es brindar una herramienta para promover la igualdad procesal entre las partes en pos de resguardar la existencia del debido proceso<sup>349</sup>. Dicha herramienta resulta útil particularmente cuando en un caso de difícil comprobación una de las partes se encuentra en una situación de desigualdad estructural, como sucede entre el hombre y la mujer.

La inversión de la carga de la prueba importa que aun cumpliendo con el principio de colaboración el demandado sin lograr convencer al juez acerca de los hechos que sustentan su defensa, se tiene automáticamente por acreditados los alegados por la contraparte.

---

<sup>345</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Zavalía, t. I, 1988, p. 426.

<sup>346</sup> QUADRI, Gabriel H, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2023, p. 50.

<sup>347</sup> Véase artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: *“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”*; y artículo 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires *“Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”*.

<sup>348</sup> FALCÓN, Enrique M., *“El derecho procesal en el código civil y comercial”*, en *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2014, p. 537.

<sup>349</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”*, *Opinión Consultiva OC 16/99* del 1 de octubre de 1999. Serie A. No. 16.

La aplicación de la carga dinámica de la prueba es de relevancia, toda vez que, en estos casos, una de las características de la dominación por violencia en sus múltiples manifestaciones es el aislamiento de la víctima, sucediendo de este modo la mayor parte de las situaciones –y pruebas– en la clandestinidad.

## 6. EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN: INDICIOS Y BUENA FE PROCESAL

Es relevante para este análisis tener presente la distinción entre los institutos de carga probatoria dinámica y principio de colaboración de la prueba, sin perjuicio que son utilizados indistintamente por la doctrina y jurisprudencia. El principio de colaboración conlleva a la posibilidad de extraer indicios probatorios derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos<sup>350</sup>.

La falta de colaboración entonces generará presunciones en contra de la parte reticente a aportar las pruebas necesarias al proceso, sin implicar ser una regla que acredita automáticamente probados determinados hechos. Será un criterio más de valoración del juez.

En una gestión de la etapa probatoria como la que alentamos, se advierte la necesidad del juez o de la jueza de aclarar al momento de la apertura a prueba los efectos positivos o negativos que pueden generar las distintas actitudes, ya sea que la misma se efectivice de forma oral o escrita, considerando óptima la apertura y gestión del proveimiento de la prueba en una audiencia contando con la intermediación del juez o de la jueza.

Es que la colaboración y buena fe procesal, o su carencia, pueden definir el resultado final del proceso. Un claro ejemplo de ello es un caso de Córdoba donde en una liquidación de sociedad de hecho, la jueza efectúa un análisis de la violencia económica y califica a la actora como sujeto vulnerable por ser una mujer víctima de violencia de género, motivo por el cual requiere un rol activo de los tribunales. La jueza consideró al valorar la prueba, la postura del demandado, *“caracterizada por su negativa de la relación de pareja estable y de convivencia, y con invocación de argumentos discriminatorios hacia la demandante en su condición de mujer, encaminados a encubrir o dar otro alcance a esa relación de unión convivencial o concubinato”* como una exteriorización de violencia económica o patrimonial que no debe ser tolerada. Ello, sumado a que no ofreció prueba precisa para avalar su oposición, se constituye como una actitud abusiva, dilatoria y contraria a la buena fe<sup>351</sup>.

---

<sup>350</sup> GIANNINI, Leandro J., “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”, *La Ley* 2010-F-1136.

<sup>351</sup> Juzgado de Primera Instancia y 4a Nom. en lo Civil, Comercial y de Familia, Villa María, Córdoba, 29/05/2017, “D., E. M. L. C/ L., L. A. s/ Liquidación Sociedad de Hecho”, compulsado en <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=4410> (Fecha de consulta 11/2/2024)

En sentido contrario, ponderando la actitud de la actora en cuanto a su colaboración en el proceso y la dificultad probatoria de los hechos, se ha resuelto que “cobra especial relevancia el relato de la víctima, en la medida que se encuentre corroborado por indicios en confluencia con el conjunto de pruebas que doten de razón suficiente a la conclusión”<sup>352</sup>. La amplitud probatoria y su flexibilidad consagrada en el artículo 710 del CCyC, importa que la parte puedan lograr la acreditación de sus dichos mediante la aportación de todas las pruebas que hagan a su derecho, consistente en testigos presenciales o referenciales, informativa, pericial, entre otras que se estimen conducentes y útiles para la comprobación de lo sucedido. Todas ellas, en conjunción con la actitud procesal que adquieran las partes, deben ser valoradas al momento de resolver.

## 7. LA DISTINCIÓN ENTRE INSTITUTOS Y LA IMPORTANCIA DE LA CARGA DINÁMICA EN MATERIA DE GÉNERO COMO CASOS COMPLEJOS

En los casos complejos en materia probatoria –como puede ser el intento de prueba de una situación de violencia– en los que no se logra obtener la prueba suficiente para convencer al juez, requieren la existencia de una clara norma que presente la diferenciación entre los institutos, toda vez que los efectos de la carga dinámica de la prueba serán determinantes para resolver el proceso, tornando acreditada la prueba, cuando la falta de colaboración sólo generará una presunción.

Como dice el Profesor GIANNINI esta es una “distinción necesaria”<sup>353</sup> toda vez que, en estos casos de dificultad probatoria y desigualdad, consideramos que la herramienta clave para favorecer en el proceso a la persona que no se encuentra en condiciones de probar por desigualdad será la carga dinámica de la prueba y no el indicio del principio de colaboración.

A modo ejemplificativo, puede realizarse una analogía entre el caso de una mala praxis y una compensación económica donde la mujer se dedicó a los cuidados del hogar y la familia sin estudios, ni trabajo registrado. En estos casos, en los que se advierte una desigualdad material entre las partes, resultaría aplicable la carga dinámica de la prueba, encontrándose una de las partes en mejores condiciones de probar. Para su evaluación debe considerarse especialmente la naturaleza del

---

<sup>352</sup>Juzgado Civil Villa María, Córdoba, 24/06/2021, "D., M. M. c. R., J. A. - Ordinario" Sentencia n.º 31 Compulsado en: Edición Especial: Día Internacional de la Mujer, “El enfoque de género como garantía de los derechos humanos de las mujeres” Jurisprudencia Actualizada. Boletín Judicial N.º2. MARZO de 2022 Área de Apoyo del Tribunal Superior de Justicia. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, [https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin\\_judicial/BJ%20n%202%20Marzo%20de%202022%20M%20E%20enfoque%20de%20g%C3%A9nero%20como%20garant%C3%ADa%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20mujeres.](https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/BJ%20n%202%20Marzo%20de%202022%20M%20E%20enfoque%20de%20g%C3%A9nero%20como%20garant%C3%ADa%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20mujeres.) (Fecha de consulta 11/2/2024)

<sup>353</sup> GIANNINI, Leandro J, *Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)*, La Ley 2010-F-1136.

hecho y sus circunstancias, en los ejemplos, una se suscita en el marco de una sala de operaciones o un consultorio donde existe una situación de reserva entre el vínculo médico-paciente, donde la relación de poder es desigual, y la otra en la intimidad del hogar, existiendo poca –o ninguna– prueba habitualmente, a lo que puede sumarse la desigualdad estructural a la que antes hicimos referencia.

## 8. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PAUTA DE INTERPRETACIÓN DE LAS MEJORES CONDICIONES PROBATORIAS

Hasta aquí, claro está que el instituto receptado por el Código Civil y Comercial de la Nación brinda respuestas especiales al fenómeno de la dificultad probatoria, en casos caracterizados por la complejidad del acceso a la información y por la desigualdad entre las partes respecto de los medios disponibles para obtenerla<sup>354</sup>. Pareciera entonces que no existen dudas sobre cómo debe el juez valorar la prueba en estos procesos: aplicando la carga dinámica de la prueba, pesando aquella sobre quien esté en mejores condiciones. Sin embargo, podemos preguntarnos cómo llega el juez a dicha solución. La pregunta clave será ¿cuáles son las pautas o parámetros para determinar esa desigualdad material e interpretar aplicable la carga dinámica de la prueba?

Una de esas pautas de interpretación será analizar si objetivamente de los hechos alegados y las pruebas acompañadas se puede advertir un “*caso sospechoso de género*”<sup>355</sup>. Resulta interesante destacar que el juez deberá efectuar un estricto análisis para su aplicación, no será para cualquier caso en el que intervenga una mujer. Su aplicación automática sin distinciones implicaría invertir la carga de la prueba en favor de la mujer solo por razón de género y se volvería una forma de deslegitimar la aplicación de esta perspectiva y consigo al sistema jurídico.

La destacada jurista argentina KEMELMAJER DE CARLUCCI, con buen criterio argumenta que tener en cuenta la perspectiva de género para juzgar no implica utilizarla para subsanar la insuficiencia de un medio probatorio, dándole un mayor peso probatorio que el que amerita, ni otorgándole siempre la razón a la mujer, ya que por lo contrario se volvería irrazonable el resolutorio y perdería sentido el debate en análisis. Esta mirada resulta de suma importancia a los efectos del buen entendimiento de la importancia de juzgar con perspectiva de género, su aplicación debe ser consciente y debe corresponderse con la realidad<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> GIANNINI, Leandro J, *Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)*, La Ley 2010-F-1136.

<sup>355</sup> Se ha propuesto la realización de un incidente de vulnerabilidad para determinar si es necesario aplicar esta perspectiva, sin embargo, no coincido con dicha postura entendiendo que es el juez el que, como concedor del derecho debe apreciar dicha situación y aplicarla al caso concreto.

<sup>356</sup> Conferencia brindada por la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, 08/03/2021, en el marco del Día Internacional de la Mujer sobre “Sentencias con perspectiva de género”, Instituto

No hay normas distintivas sobre la gestión de la prueba en estos casos. ¿Debería el juez aclarar su aplicación al momento de abrir el proceso a prueba y ordenar su producción? Entendemos que sería una medida atinada, garantizando no solo el enfoque con perspectiva de género sino también el derecho de defensa de la contraria.

Si bien con la regulación de la carga dinámica de la prueba en el proceso de familia estamos en mejores condiciones normativas que antes, puede considerarse que para la correcta y eficiente aplicación de la carga de la prueba dinámica “*con perspectiva de género*” debe pensarse en reglas más claras y estrictas, a fin de lograr que efectivamente sea aplicada cuando el caso así lo exija.

La necesidad de una mejor regulación en la materia, ha sido analizada en las Jornadas Nacionales Civiles en la ciudad de La Plata en el año 2017, donde la mayoría en la Comisión de Relaciones entre el Código Civil y Comercial y el Derecho Procesal en una de sus conclusiones expresó que: “*La recepción de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 710 y 1735 del CCyC), sin perjuicio de la discusión que pueda darse acerca de la posibilidad de que el legislador nacional regule esta materia, no ha sido acompañada de la necesaria claridad acerca de sus alcances concretos: supuestos y condiciones de aplicación, diferencia de fuentes, oportunidad y necesidad de su anticipación (aviso previo y preciso), entre otros temas*”<sup>357</sup>.

Coincidiendo con el despacho de la mayoría, uno de los supuestos para agregar y en el que deberían detallarse sus condiciones de aplicación es la “*carga dinámica de la prueba con perspectiva de género*”. Si bien resulta ser un imperativo convencional la obligatoriedad del juez de resolver con perspectiva de género, también resultaría una buena incorporación para garantizar este derecho.

En la provincia de Entre Ríos, desde el año 2019, el Código Procesal de Familia establece como deber del juez “*Interpretar y juzgar con perspectiva de género*” y con buena técnica procesal se encuentran regulados por separado la carga de la prueba dinámica y el principio de colaboración<sup>358</sup>. Es que si bien la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género proviene de los tratados internacionales con jerarquía constitucional<sup>359</sup>, resulta conveniente que los códigos procesales de cada provincia expliciten normativamente el deber de su aplicación.

---

de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=90JJ4bDD2OE> (Fecha de consulta 11/2/2024)

<sup>357</sup>

<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-12.pdf> (Fecha de consulta 11/2/2024)

<sup>358</sup> Artículo 53º: Principio de colaboración. Las partes tienen el deber de prestar colaboración para la efectiva y adecuada producción de la prueba. Cualquier incumplimiento injustificado de este deber genera una presunción en su contra, sin perjuicio de lo previsto respecto de cada medio probatorio. El deber de colaboración alcanza a los terceros y su incumplimiento tiene las consecuencias previstas en cada caso.

<sup>359</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en particular sobre la protección especial que tienen las personas en condición de vulnerabilidad y la importancia de que los estados garanticen sus derechos humanos. Es por ello que en relación al género debemos

## 9. JURISPRUDENCIA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO ¿ES SUFICIENTE?

La jurisprudencia se ha expedido en reiterados casos sobre la carga dinámica de la prueba valorando aquella con perspectiva de género. Una de las pautas que surgen de la CSJN es que el principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación implica que es la parte demandada quien debe acreditar que no hubo discriminación<sup>360</sup>.

En un caso en la Provincia de Córdoba, ante el cese de la unión convivencial la actora –víctima de violencia de género– efectúa un reclamo patrimonial y la jueza se expidió sobre la carga de la prueba en un contexto de confianza en la pareja donde manifiesta que *“se impone como regla que quien alega haber efectuado aportes para conformar el patrimonio que se entiende común debe demostrarlo. Pero, esa regla y el análisis de la prueba a dichos fines no puede prescindir del contexto de confianza existente en la pareja”* motivo por el cual se dificulta la prueba sobre aportes comunes específicos en esa sociedad de hecho. Al efectuar la valoración probatoria en clave de perspectiva de género manifestó que a los fines de analizar la procedencia del reclamo del porcentaje de patrimonio de la sociedad de hecho o comunidad de bienes que corresponde a la accionante (ex conviviente), debe valorarse la prueba dentro del contexto de la relación de pareja y de violencia familiar acaecido. Ello así, porque se entiende que las especiales circunstancias derivadas de la violencia intrafamiliar y de los patrones de conducta patriarcales dificultan la prueba tanto de la forma de relacionarse entre los miembros de la pareja, es decir de la violencia en sí, como en cuanto a las derivaciones de ella, lo que incluye la manera de conformarse, registrarse, administrarse y liquidarse el patrimonio común, por lo general reservándose el varón esa prerrogativa, muchas veces en detrimento de la mujer, lo que encuadra en la llamada violencia económica<sup>361</sup>.

---

visibilizar la vulnerabilidad de las mujeres, que ha sido materia de resguardo en distintos tratados internacionales como la CEDAW. Esta necesaria perspectiva que impone el paraguas protector de la normativa aplicable al caso al ejercicio jurisdiccional (arts. 2, 3, 6 y 7 incs. “b”, “d”, “f” y “g”, Convención de Belém do Pará; 3, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 24, CADH; Observación General 21, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrs. 10, 12 y 17; Recomendación General 28, CEDAW, párr. 18; Observaciones Finales de la CEDAW sobre Argentina del 16 de agosto de 2010, ptos. 23 y 24; art. 16 incs. “e”, “i”, ley 26.485) posibilita el nacimiento de cambios profundos a la hora de impartir justicia.

<sup>360</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN “S., M. G. Y OTROS C/ TALDELVA SRL Y OTROS S/ AMPARO” 20/05/2014.

<sup>361</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Conciliación, Familia, Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil, Violencia Familiar y de Género y Faltas, “O., N. N. c/ S., J. C. - Ordinario - Daños y Perjuicios”, Villa Cura Brochero, Córdoba, 22/04/2021, Compulsado en: Edición Especial: Día Internacional de la Mujer, El enfoque de género como garantía de los derechos humanos de las mujeres. Jurisprudencia Actualizada, Boletín Judicial N° 2, marzo de 2022 Área

Los procesos de desalojo, alimentos, compensación económica y distribución de los bienes de la comunidad o unión convivencial, muchas veces se ven impregnados por situaciones de violencia económica<sup>362</sup> contra las mujeres. En estos casos, resulta inevitable aplicar la carga dinámica de la prueba juzgando con perspectiva de género para que las sentencias sean razonables, particularmente en los casos en que el género tiene un papel trascendente en la controversia. Es que lo contrario implicaría un incumplimiento del Estado Argentino con la obligación internacionalmente asumida de adoptar las medidas internas de toda índole que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (art. 7 de la Convención de Belém Do Pará y art. 2 CEDAW)<sup>363364</sup>.

Consideramos que, los esfuerzos por valorar la prueba con perspectiva de género aplicando las herramientas procesales que nos brinda la codificación como la carga dinámica de la prueba, flexibilidad probatoria o principio de colaboración al momento de dictar sentencia resultan satisfactorios, considerando que no hace mucho tiempo atrás esto era tan sólo una ilusión o fantasía.

Sin embargo, lo que se pretende reflexionar con este trabajo es qué sucede durante el transcurso del proceso: ¿Debe aclararse que se aplicará perspectiva de género? ¿Cuál debe ser la actitud del juez como director del proceso? ¿Qué recaudos deben tomarse al momento de gestionar el período probatorio al momento de una audiencia de prueba testimonial o confesional? ¿Debería garantizarse el resguardo con la regulación de una norma específica?

Esas son tan solo algunas preguntas que, debemos comenzar a hacernos los operadores de justicia. Quizás debemos comenzar por requerir al inicio de la

---

de Apoyo del Tribunal Superior de Justicia. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, cita online: [https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin\\_judicial/BJ%20n%202%20Marzo%20de%202022%20M%20E1%20enfoco%20de%20g%C3%A9nero%20como%20garant%C3%ADa%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20mujeres.pdf](https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/BJ%20n%202%20Marzo%20de%202022%20M%20E1%20enfoco%20de%20g%C3%A9nero%20como%20garant%C3%ADa%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20mujeres.pdf). (Fecha de consulta 11/2/2024).

<sup>362</sup> Entendida como la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales, a través de la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de los bienes; la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades para una vida digna; la privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; o la limitación o control de los ingresos de la persona en situación de violencia (conf. art. 5 inc. 4 Ley n.º 26485).

<sup>363</sup> Específicamente, en el inciso g del artículo 7 mencionado, nuestro Estado se ha comprometido a establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento y reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

<sup>364</sup> MORQUECHO, Lara, "Comentario a los artículos 894-903", en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado con perspectiva de género*. Ed. Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2022, t. 1, p. 11.

causa la aplicación de una perspectiva de género al caso y a la prueba en particular. O mejor aún, debieran los jueces efectuar esa propuesta.

## 10. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, la gestión de la etapa probatoria con perspectiva de género en Argentina deviene como un imperativo legal. El nuevo esquema normativo establecido por el Código Civil y Comercial ha vuelto explícito que la forma en la que deben aplicarse los derechos reconocidos en los distintos tratados internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) debe ser obligatoria, directa y operativa. Una de las herramientas que encontramos es la incorporación de la *“carga dinámica de la prueba”* como parte del reconocimiento de esos derechos, imponiendo la obligatoriedad de aplicación de herramientas que tengan en cuenta la desigualdad estructural en ciertos casos.

Del análisis de la jurisprudencia puede advertirse que la mirada de los jueces y juezas en la República Argentina ha cambiado. Esta perspectiva en la actualidad habilita el replanteo no solo de la forma de resolver los casos sino también de cómo gestionar el proceso, y en particular de la etapa probatoria, clave para lograr la obtención de la verdad, considerando que no siempre se parte de circunstancias de igualdad procesal en materia probatoria en casos complejos, pensando que los jueces deben utilizar las herramientas a su alcance para *“equilibrar”* esta situación.

Resultarán claves para el mejor desarrollo del instituto las regulaciones expresas de la carga dinámica de la prueba, aclarando sus efectos, su diferenciación con el principio de colaboración y parámetros claros para determinar quién se encuentra en *“mejores condiciones para probar”*, pudiendo analizar si existe la mencionada desigualdad material bajo la óptica de género. Citando nuevamente a KEMELMAJER DE CARLUCCI la idea no es que automáticamente el caso sea *“ganado”* por una mujer, sino que debe ser debidamente estudiado si amerita la aplicación de una perspectiva de género.

En muchos casos, como hemos visto en la reciente jurisprudencia, esta desigualdad involucrará situaciones de desigualdad estructural entre el hombre y la mujer típicas en el fuero de familia como los casos de compensación económica, desalojo de vivienda contra la conviviente, liquidación de la sociedad conyugal –ahora llamada comunidad ganancial– y otros que comprenden situaciones de violencia de género.

Para concluir, el estudio de la prueba con perspectiva de género ha adquirido una relevancia tal que no podría imaginarse su falta de aplicación al momento de resolver un caso de Derecho privado, sin embargo, requiere ser visibilizado para promover una mayor utilización, toda vez que la incorporación jurisprudencial aún es incipiente. Esta nueva forma de resolver y transitar litigios –con mayor justicia– propone repensar la prueba en clave de género, priorizando la verdad

material por sobre la resolución del caso bajo los tradicionales parámetros de la justicia clásica.

**CRÓNICA DEL SEMINARIO DE CONCLUSIONES DE PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN. PROYECTOS “INTELIGENCIA ARTIFICIAL, JUSTICIA Y DERECHO: ¿IRRUPCIÓN O DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA EN EL PROCESO PENAL?, “DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: NUEVOS HORIZONTES JURÍDICOS DE LA PERSONALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD ROBÓTICAS” Y “EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ACTUAL ENTORNO TECNOLÓGICO Y SOCIAL”.**

Mario NEUPAVERT ALZOLA  
Investigador Predoctoral UCA FPI de Derecho Civil  
Universidad de Cádiz

Cristina ALONSO SALGADO  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal  
Universidade de Santiago de Compostela

Los días 9 y 10 de julio del año 2024, tuvo lugar en la ciudad de Jerez de la Frontera y con la Universidad de Cádiz como anfitriona, un Seminario de análisis de las conclusiones de tres proyectos de investigación que compartían, por aquella altura, diversos temas de interés mutuo nucleados en torno al binomio Derecho-Inteligencia artificial.

Bajo la Dirección de Margarita Castilla Barea, María Dolores Cervilla Garzón (ambas Catedráticas de Derecho Civil de la UCA) y María Lourdes Noya Ferreiro (Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela), la actividad se desarrolló sobre una estructura de mesas dobles por cada uno de los proyectos.

Inauguró la primera mesa relativa al Proyecto “Inteligencia artificial, justicia y Derecho: ¿irrupción o disrupción tecnológica en el proceso penal?, la Profesora Rodríguez Álvarez que centró su ponencia en el uso de altavoces inteligentes como fuente de prueba en el proceso penal. Partiendo de los ejemplos que ofrece el Derecho comparado, la profesora planteó cuál sería el eventual régimen jurídico aplicable en el supuesto de que en España se recurriera a dichos instrumentos –cosa que no ha sucedido hasta la fecha–.

A continuación, la Profesora Alonso Salgado advirtió acerca de algunos de los reparos, dificultades y objeciones que presentan algunas herramientas de inteligencia artificial diseñadas para el ámbito de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Seguidamente, tomó la palabra la Profesora Noya Ferreiro para abordar la aplicación de los sistemas de inteligencia artificial en la fase de investigación del proceso penal. Destacó la Profesora, la relación de potenciales ventajas que la

referida aplicación implicaría para los operadores jurídicos y las fuerzas y cuerpos de la seguridad involucrados en la instrucción, siempre que, obviamente, se regule desde el respeto a los derechos fundamentales y las garantías procesales que rigen el proceso penal de un Estado de Derecho.

Continuó la mesa con la intervención del Profesor Loredo Colunga que focalizó su interés en la problemática derivada del uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la prueba desde una perspectiva europea, a la luz del reciente Reglamento sobre inteligencia artificial de la Unión Europea. Su exposición partió del cuestionamiento de la técnica –que no es infalible–, para subrayar los desajustes entre la velocidad de los desarrollos tecnológicos y su preceptiva regulación, incidiendo con particular énfasis en la necesidad de fortalecer la protección de los derechos fundamentales en el marco del proceso judicial.

Por último, la Profesora Valiño Ces reflexionó acerca de la viabilidad y virtualidad de la interacción de la inteligencia artificial con los métodos alternativos de resolución de conflictos, cuestión esta que entraña no pocas dificultades derivadas de la propia naturaleza del proceso penal.

Las intervenciones del Profesor Varela Gómez y de la Profesora Castillejo Manzanares sirvieron para enmarcar, desde una perspectiva crítica, el desarrollo de la segunda mesa relativa a este mismo proyecto sobre inteligencia artificial y proceso penal.

Comenzó la señalada mesa, en primer lugar, con la exposición del Profesor Conde Fuentes sobre la aplicación de la inteligencia artificial en la adopción de decisiones judiciales. En opinión del Profesor, la posibilidad de un juez-robot atentaría contra la independencia judicial. Y ello, fundamentalmente, porque las decisiones no se fundamentan en el conocimiento racional y motivado del juez, sino en la información que alguien ajeno al Poder Judicial ha empleado para el diseño y configuración del algoritmo utilizado para resolver el caso.

En segundo lugar, la Profesora Ariza Colmenarejo disertó acerca de la necesidad de articular un sistema de recursos que permita a las partes impugnar aquellos aspectos de las decisiones judiciales en los que se haya empleado herramientas de inteligencia artificial. En su opinión, los motivos para impugnar se multiplican, pues el razonamiento no es únicamente del juez, sino también de la señalada herramienta.

Por último, la Profesora Rodríguez Tirado abordó en su intervención la evolución histórica de la figura del Letrado de la Administración de Justicia. Como es sabido, a sus tradicionales funciones de fe pública y documentación, el Legislador ha ido sumando otras que han servido para reforzar sus competencias vinculadas al proceso. Finalizó la Profesora su exposición con una aproximación a las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como a la automatización en el ejercicio de la fe pública y su documentación en el proceso penal.

Posteriormente, tuvieron lugar las mesas adscritas al Proyecto DERPRIA, “Derecho e Inteligencia artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robóticas”. Daría comienzo con una breve intervención de la Profesora Castilla Barea, Investigadora Principal del Proyecto, quien expuso algunas conclusiones generales obtenidas por los equipos adscritos a éste, y tras lo cual pasaría a moderar esta tercera mesa del 9 de julio, titulada “Los derechos fundamentales ante el avance de la IA desde la óptica del Derecho Público”. La primera ponencia de la tercera mesa vendría impartida por la Profesora Girón Reguera, titulada “La regulación jurídica de la inteligencia artificial como garantía de los derechos: su protección en la propuesta de ley europea de inteligencia artificial”, en la que focalizó en el estudio del RIA desde su área de conocimiento, el Derecho constitucional. Tras ello, intervendría el Profesor Rodríguez Puerto, con la ponencia “¿Derechos para las máquinas? Un debate que sigue abierto”, donde profundizaría en algunos de los puntos ya explorados en su obra “¿Puede una máquina ser jurista?”, Ed. Aranzadi, 2024. Concluiría el primer día con la ponencia del Profesor Vestri “El nuevo Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y derechos humanos, democracia y Estado de Derecho”, donde se alejaría del RIA para tratar otro instrumento internacional de vital importancia para el futuro de la regulación de la inteligencia artificial.

El segundo de los días comenzaría con la segunda de las mesas adscritas al Proyecto DERPRIA, “Tratamiento jurídico del uso de la IA para algunos fines específicos”, y que estuvo moderada por el Profesor Hernández Meni. La primera de las ponencias, defendida por la Profesora Alkorta Idiakez, se tituló “El nuevo Reglamento de productos sanitarios: lecciones aprendidas”, donde se pudo departir sobre distintas experiencias relacionadas con su ponencia en el ámbito europeo. Tras ella, intervendría la Profesora Castilla Barea con una ponencia llamada “Las consecuencias jurídicas del uso de ultrasuplantaciones tras la aprobación del RIA. ¿Algo nuevo bajo el sol?”, en la que hizo hincapié en las repercusiones del empleo de *deepfakes* en la aplicación del RIA. La última de las ponencias fue defendida por la Profesora Rodríguez Mesa, “Neuropredicción y Derecho Penal”, que vendría a analizar si podremos enfrentarnos en el futuro a retos que incluyan la intervención del Derecho penal en el cerebro de los sujetos.

Finalmente, las mesas 2 y 3 del segundo día fueron ocupadas por investigadores del Proyecto CONSERTECS, “El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social”, que aún se encuentra en plazo de ejecución. La primera de las mesas estuvo moderada por la Profesora López Suárez, y se vinculó a cuestiones relacionadas con el Derecho y la tecnología. La mesa fue estrenada por la ponencia de la Investigadora Principal del Proyecto, la Profesora Cervilla Garzón, quien intervino con una ponencia titulada “El actual contrato de prestación de servicios”, que establecía el estado de una cuestión a la que ya

ha dedicado más de veinticinco años, siendo el contrato de prestación de servicios el objeto de investigación con el que logró el Grado de Doctor. Tras ella, la Profesora Zurita Martín intervino con la ponencia “Asistentes digitales inteligentes en la prestación de servicios profesionales: responsabilidad por producto defectuoso”, en la que vislumbró las principales claves en las conexiones entre creador del producto, prestador del servicio y consumidores, a la luz de la futura Directiva de productos defectuosos. Posteriormente intervendría el Profesor Neupavert Alzola, aludiendo a ocho conclusiones extraídas sobre su tesis “El precio de los servicios jurídicos en el nuevo entorno tecnológico y social”. La mesa concluiría con la ponencia de la Profesora Fernández Rivera, quien intervino con el estudio “La prestación de servicios médicos en remoto”, vinculado al auge que se encuentra experimentando la telemedicina.

La última de las mesas vendría moderada por el Profesor Neupavert Alzola, y versaba sobre el entorno social de los servicios, y más concretamente los nuevos servicios, más allá de los tradicionales médicos o abogados. Comenzaría el Profesor Velasco Perdigones, exponiendo las líneas maestras de su nueva monografía, titulada “Nuevos entornos profesionales: retos para el contrato de servicios”, concluyendo así una experiencia investigadora comenzada al hilo de su tesis doctoral, que estudió la responsabilidad civil del *Compliance Officer*. Posteriormente intervendría la Profesora López Suárez con “El contrato de organización de eventos”, donde se incluyeron menciones a las nuevas solicitudes de los consumidores hacia los *event planner*, así como otras claves como la intervención de influencers en estos contratos. La última ponencia del Seminario la protagonizaría la Profesora Villanueva Lupión, quien intervino con la ponencia “La actividad de alterne como contrato de servicios y su tratamiento por la jurisprudencia”, en la que pudo hacer alusión a modalidades de servicios que han sido estudiadas tanto por nuestros tribunales civiles como laborales. En la clausura, en la que intervinieron las Profesoras Noya Ferreiro y Cervilla Garzón, pusieron en valor la pluralidad y la calidad de las ponencias, vinculadas a los importantes avances tecnológicos y sociales y su interrelación con el Derecho, poniendo en valor todas estas investigaciones que buscan cerrar la brecha entre el desarrollo tecnológico y su regulación.

## RECENSIÓN DE LA MONOGRAFÍA:

VALIÑO CES, Almudena, *La mediación extrajudicial, intrajudicial y electrónica: una visión desde la óptica procesal civil*, Colex, A Coruña, 2023, 344 páginas. ISBN: 978-84-1194-060-3

Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidade de Santiago de Compostela

La reciente monografía de la Doctora VALIÑO CES aborda la mediación civil desde una perspectiva omnicomprendensiva que abarca, además de cuestiones de base como la propia caracterización de los sistemas de resolución de conflictos o el concepto y principios de este mecanismo, su aplicación en el ámbito intrajudicial, extrajudicial y electrónico.

Dividida en seis capítulos, la autora destina el primero de ellos a la crisis estructural de la que se ve aquejada nuestra Administración de Justicia. Una crisis –agravada por la situación derivada de la pandemia Covid-19– cuya superación requiere, entre otras medidas, de una mayor inversión en medios personales y materiales. Ahora bien, sin dejar de lado las necesidades de los tribunales, la noción de Justicia no debería circunscribirse únicamente a la jurisdicción. Al contrario, junto con ella deben coexistir otros sistemas de resolución de disputas, de tal suerte que la ciudadanía disponga de un abanico de mecanismos y pueda recurrir al más adecuado en función de la controversia concreta.

Junto con esta cuestión, la Doctora VALIÑO se adentra en este primer capítulo la modernización de la Justicia a través de las TICs, para lo cual efectúa un recorrido por diferentes programas, planes y normas que, en los últimos años, han sido aprobados en nuestro Estado: desde el Plan estratégico para la Modernización de la Justicia 2009-2012 hasta la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, sin olvidar propuestas frustradas como el Plan de Justicia 2030.

El segundo capítulo ofrece una panorámica general sobre los sistemas alternativos de resolución de conflictos. A pesar de que también trata mecanismos más clásicos como la conciliación o la negociación, reviste particular interés el apartado quinto, destinado a otras ADRs quizás no tan conocidas en estas latitudes, a saber: el med-arb, la evaluación neutral o evaluación de expertos, la facilitación, el *mini-trial*, la adjudicación, el *partnering*, el *summary jury trial*, el *private judging*, el *special master*, el *neutral fact-finder* o el *ombudsman*.

Muchas provienen del mundo anglosajón y resultan ciertamente curiosas vistas desde la óptica de nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la adjudicación, que “*constituye un mecanismo alternativo de resolución de los conflictos, de naturaleza contractual, en el que el tercero adopta una decisión provisional que producirá efectos*

*exclusivamente hasta el momento en el que las partes decidan acudir a arbitraje o bien a la vía judicial*". Con todo, el carácter particular de algunas de ellas no debe conducirnos a descartarlas de plano. Antes bien, conviene estudiar sus potencialidades –como muy bien hace VALIÑO CES–, para así analizar los beneficios que su eventual implementación reportaría a nuestro sistema de Justicia.

Con acertado criterio, la autora no aborda en este segundo capítulo la mediación, pues a ella destina los restantes capítulos que componen la obra. Así, el capítulo tercero se ocupa del concepto de mediación; de su marco legal en asuntos civiles y mercantiles –fundamentalmente, la Ley 5/2012, de 6 de julio–; de sus principios rectores (voluntariedad, igualdad de partes, imparcialidad y neutralidad, confidencialidad, flexibilidad, carácter personalísimo, buena fe y respeto mutuo); y del estatuto de la persona mediadora.

Lejos de ofrecer una exposición descriptiva, la Doctora VALIÑO no elude los aspectos polémicos que presentan algunas de las disposiciones estudiadas. A título de ejemplo, el engarce de las cláusulas de sumisión a mediación con el principio de voluntariedad o el debate acerca de si el hecho de haber intentado una mediación debería ser un requisito de procedibilidad a la hora de interponer la demanda –debate reavivado a raíz de la tramitación de la Ley de medidas de eficiencia procesal–. En opinión de la autora, la decisión del legislador del año 2012 resultó del todo acertada, no sólo por respetar *“la propia esencia de la mediación”*, sino también porque se evitó convertirla en un *“mero trámite”*.

Por otro lado, en lo que al principio de confidencialidad y sus excepciones se refiere, lamenta que el legislador no hubiera *“precisado con mayor cautela los supuestos en los que el juez penal pueda requerir esta documentación”*. Y ello porque, al no diferenciarse ni supuestos ni tipos de delitos, *“puede haber una desproporción entre el interés presuntamente defendido con la excepcionalidad [piénsese en un delito leve] y el interés privado que entraña la relación entre partes”*.

El cuarto de los capítulos se ocupa de las fases del procedimiento de mediación, con especial referencia al acuerdo de mediación. A mayores, la autora aborda los efectos del procedimiento de mediación extrajudicial en el proceso judicial, lo que conduce a estudiar, entre otros aspectos, la incidencia de la mediación en los plazos de prescripción y caducidad, la adopción de las medidas cautelares o la ejecución del acuerdo. De nuevo, la autora no soslaya las cuestiones más controvertidas: por ejemplo, el problema que surge si se solicitan medidas cautelares (que, en todo caso, serían previas al proceso civil) en relación al plazo de veinte días para la interposición a la demanda a que se refiere el 730.2.II LEC. Sobre este particular, propone la modificación del 730.3 LEC, de tal suerte que se aplique a la mediación el mismo criterio que al arbitraje –que no es otro que la inaplicación de dicho plazo siempre que la parte beneficiada por la medida cautelar lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral–.

Siguiendo un *iter* lógico, el penúltimo capítulo es el relativo a la mediación intrajudicial, lo que lleva a VALIÑO CES no sólo a exponer su procedimiento, sino también a centrar la atención en la vigencia del principio dispositivo. Y es que no conviene olvidar la estrecha imbricación entre el referido principio y la posibilidad misma de acudir a mediación en el proceso civil.

En este quinto capítulo, resultan también de especial interés las reflexiones en torno a la alternatividad/complementariedad de la mediación. En este sentido, la autora sostiene que *“no estamos ante una alternativa entre una opción y otra, esto es, en ningún caso la mediación es un método de resolución de conflictos que conlleve la absoluta exclusión de la vía jurisdiccional, sino que se configura como un complemento del proceso. Por consiguiente, no se trata de oponer la mediación al proceso, sino de que el ciudadano elija el método que considere más adecuado a sus necesidades [...] es lógico que se haya cambiado el término «alternativas» por «adecuadas» o «complementarias»”*. Finalmente, el sexto capítulo analiza la mediación desarrollada a través de medios electrónicos, ubicada dentro de las denominadas ODRs (*Online Dispute Resolution*). En particular, se expone el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos que menciona la Disposición final séptima y cuyo régimen jurídico detalla el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. Pero, yendo más allá, VALIÑO CES cierra su estudio con un tema de plena actualidad: la incidencia de la inteligencia artificial en la resolución de disputas. La autora se detiene tanto a la función asistencial como a la función decisoria que la IA podría tener en este ámbito. Ahora bien, la conclusión a la que llega en cada caso es diversa: mientras que no le suscita reparos la aplicación de la IA como mecanismo de apoyo, no cree que la IA pueda llevar a cabo una función decisoria, sustituyendo a la persona mediadora. Con todo, no descarta que en el futuro pueda suceder e incluso, siguiendo la estela de otros autores, prevé que nos podamos encontrar ante un *“mediador centauro”*, *“para referirnos a aquellas situaciones en las que existe una hibridación en las funciones [...] mediadoras entre un ser humano y una IA”*.

Para ir concluyendo, somos conscientes de que estas líneas están lejos de hacer justicia a la monografía de VALIÑO CES, cuyo interés desborda los márgenes de esta breve reseña. Con todo, esperamos que sirvan de invitación a su lectura, pues está destinada a convertirse en una obra de referencia para quienes deseen adentrarse en el estudio de esta herramienta de gestión del conflicto que es la mediación.